Haftung des preußischen Eisenbahnfiskus für einen durch Funkenflug verursachten Waldbrand, insbesondere für dadurch hervorgerufene Schädigungen der Jagd.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock in Mecklenburg

ACAD.
LUGD.BAT
BIBL.

vorgelegt von

Karl Wieneke
Kammergerichtsreferendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1912.

Referent: Professor Dr. Wüstendörfer

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553625_0044

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

A. Haftung für den durch den Funkenflug am Walde entstandenen Schaden.

§ 2. Die rechtlichen Grundlagen für die Haftung der Voll- und Kleinbahnen sind verschiedene 2

I. Der Funkenflug ist bei dem Betriebe einer Kleinbahn entstanden.

§ 3. a) Nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist ein Schadensersatzanspruch nicht zu begründen 4

§ 4. b) Vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat die Rechtsprechung im Gebiete des allgem. Landrechts, des gemeinen Rechts und des rheinischen Rechts Schadensersatzansprüche anerkannt 9

§ 5. c) Auch nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat die Rechtsprechung einen Ersatzanspruch für begründet erklärt. Maßgebend ist die Reichsgerichtsentscheidung v. 11. 5. 1904 12

§ 6. d) Dem Grundgedanken der Reichsgerichtsentscheidung vom 11. 5. 1904 ist beizutreten 14

§ 7. e) Der Reichsgerichtsentscheidung v. 11. 5. 1904 kommt eine weitgehende Bedeutung für das geltende Recht zu . . 18

§ 8. f) Der Umfang des Ersatzanspruchs ergibt sich aus den allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs 21

II. Der Funkenflug ist bei dem Betriebe einer Vollbahn entstanden.

§ 9. a) Es bedarf bei der Frage, ob die reichsrechtlichen Vorschriften oder § 25 preuß. EisenbG. von 1838 zur Anwendung zu gelangen haben, einer vergleichenden Prüfung gemäß Art. 105 EG. z. BGB. 27

§ 10. b) Der Kreis der Ersatzberechtigten ist nach den reichsrechtlichen Grundsätzen größer als nach § 25 preuß. EisenbG. 29

§ 11. c) Die Eisenbahn haftet bei Anwendung des § 254 BGB. in weiterem Umfange als bei Heranziehung der in § 25 preuß. EisenbG. gegebenen Regelung des „eigenen Verschuldens“ 31

Seite

§ 12. d) § 25 preuß. EisenbG. entbehrt, da er in keiner Hinsicht den Ansprüchen des Art. 105 EG. z. BGB. genügt, im geltenden Recht jeder Bedeutung. Voll- und Kleinbahnen haften in gleicher Weise nach Reichsrecht 37

B. Haftung für die durch den Waldbrand hervorgerufenen Schädigungen der Jagd.

§ 13. Es wird einer verschiedenen rechtlichen Beurteilung bedürfen, je nachdem es sich um Wild in einem „Tiergarten“ oder um Wild in freier Wildbahn handelt 38

I. Es handelt sich um Wild in einem „Tiergarten“.

§ 14. a) Das Wild in einem Tiergarten steht im Eigentum des Jagdherrn, und für seine Vernichtung ist nach den erörterten Grundsätzen Ersatz zu leisten. Streitig ist, ob auch größere Gehege „Tiergärten“ im Sinne von § 960 BGB. sind 39

§ 15. b) Die Streitfrage beantwortet sich aus der Gegenüberstellung von Tieren in der Freiheit und Tieren in „Tiergärten“ in § 960 BGB. 41

§ 16. c) Die Streitfrage beantwortet sich ferner durch eine Betrachtung der Rechtslage der analog behandelten Fische 43

§ 17. d) Die Streitfrage beantwortet sich schließlich durch die Tatsache, daß der Parkeigentümer selbst in den größten Gehegen nach § 958 Abs. 1 BGB. Eigentum an den Tieren erlangt 44

§ 18. e) Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur nimmt daher mit Recht an, daß die Größe des Gebietes dem Begriffe des Tiergartens im Sinne von § 960 BGB. keine Schranken setzt 49

II. Es handelt sich um Wild in freier Wildbahn.

§ 19. a) Dem Jagdherrn steht am Wild zwar nicht das Eigentum, wohl aber ein „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 BGB. zu 50

§ 20. b) Die dem Jagdherrn grundsätzlich gegebene Schutzklage zugunsten seines Jagdrechts ist ihm in unserem Falle versagt 57

§ 21. c) Die entstandenen Schädigungen der Jagd bilden Verletzungen des im Jagdrecht enthaltenen Hegerechts. Sie sind Schäden im Rechtssinne 62

§ 22. d) Somit sind alle Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs, welche der erörterte reichsrechtliche Grundsatz verlangte, erfüllt. Der Umfang des Ersatzanspruchs darf nicht von ideellen Gesichtspunkten beeinflußt werden 68

Literaturverzeichnis.

v. Anders, Das Jagd- und Fischereirecht. Innsbruck 1885.

Archiv für bürgerliches Recht.

Archiv für zivilistische Praxis.

Archiv für Eisenbahnwesen, hrsg. im Kgl. Preuß. Ministerium der öffentlichen Arbeiten.

Baltz, Haftung für durch Funkenflug verursachten Waldbrand. In der Zeitschrift für Forst- und Jagdwesen 39. Jahrg. (1907) S. 724ff.

Baltz, Schadensersatzpflicht der Bahn für verbranntes Wild. In „Silva" 1911 Nr. 45 S. 364.

Bauer, Die Jagdgesetze Preußens. Neudamm 1904.

Biermann, Sachenrecht. 2. Aufl. 1903.

Bitter, Haftet die Bahn für infolge Funkenflugs verendetes Wild? In der Zeitschrift des Allgem. Deutschen Jagdschutzvereins 1912 Nr. 2 S. 25.

Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.

Bloch, Kauf bricht Jagdpacht. In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1906 2. Jahrg. S. 160 u. 339.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. Erlangen 1873.

v. Brünneck, Das Wesen des Rechts an der Jagd und Fischerei nach deutschem und preußischem Recht. In Gruchots Beiträgen Bd. 16 S. 182ff.

v. Brünneck, Schädigungen der Jagd durch Truppenübungen. In Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 80ff.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Jena 1910.

Dalcke, Preußisches Jagdrecht. Berlin 1908.

v. Damm, Haftet die Eisenbahn für infolge Funkenflugs verendetes Wild? In der Zeitschrift des Allgem. Deutschen Jagdschutzvereins 1911 Nr. 38 S. 493.

Danckelmann-Engelhardt, Das Jagdrecht im Geltungsbereiche der preuß. Jagdordnung v. 15. 7. 1907. Berlin 1908.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 3: Sachenrecht. Halle 1908.

Deutsche Juristenzeitung.

Dickel, Jagd- und forstrechtliche Streitfragen: Haftung des Eisenbahnherrn für den durch Waldbrand, insbesondere durch Verbrennen von Wild verursachten Schaden. In der Zeitschrift für Forst- und Jagdwesen 1912 Heft 3.

Dickel, Über das Hegerecht des Jagdberechtigten und die Ersatzpflicht des Militärfiskus für Schädigung der Jagd durch Truppenübungen. In der Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke zum Doktorjubiläum. Breslau 1910.

Dickel, Das deutsche bürgerliche Recht für Forstmänner. Berlin 1900.

Dickel, Das neue preußische Wildschongesetz. Berlin 1906.

Dronke, Eigenes Verschulden. In Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen 1908 Bd. 25: Sonderheft.

Ebner, Das preußische Jagdrecht. Im Handbuch des preußischen Verwaltungsrechts Bd. 4. Berlin 1908.

Eger, Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen. Berlin 1904.

Eger, Das Reichshaftpflichtgesetz. Hannover 1912.

Eger, Eisenbahnrechtliche und verkehrsrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Sachenrecht. Berlin 1905.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Marburg 1909.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Fleischauer, Eine Lücke unserer Gesetzgebung. In der Deutschen Juristenzeitung 1902 S. 42/43.

Frommhold, Über das Jagdrecht. In Jherings Jahrbüchern Bd. 53 S. 188 ff.

Fuld, Schadensersatzpflicht ohne Verschulden. In der Zeitschrift für das bürgerliche Recht und das französische Zivilrecht Bd. 36.

Gerechter, Haftung des preußischen Eisenbahnfiskus für den infolge von Immissionen von Funken, Rauch und Asche aus der Maschine einer von ihm betriebenen Kleinbahn entstandenen Sachschaden, unter besonderer Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung bis zur Reichsgerichtsentscheidung in Bd. 58 Nr. 32. Erlanger Diss. Berlin 1911.

George, Besitz und Eigentum an jagdbaren wilden Tieren im Wildgarten. Diss. Leipzig 1907.

Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht. In der Festgabe für v. Gneist S. 61—97. Berlin 1888.

Goldschmidt, Die Grundlagen der Besitzlehre. In Vermischte Schriften. Berlin 1901.

Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach bürgerlichem Recht. Berlin 1903.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Grünebaum, Mitwirkendes Verschulden der Hilfspersonen des Geschädigten Im Recht 1908 S. 100 ff.

Gundlach, Findet § 25 des preuß. Eisenbahngesetzes von 1838 auf Kleinbahnen und Straßenbahnen Anwendung? In den Blättern für Rechtspflege 1902 S. 33 ff.

Hedemann, Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert. Berlin 1910.

Hinze, Zur Haftung für fremdes Verschulden bei konkurrierendem außervertraglichen Verschulden. In der Juristischen Wochenschrift 1908 S. 230.

Höpker, Haftpflicht der Eisenbahn für infolge Funkenflugs der Lokomotive verbranntes Wild. In der Zeitschrift des Allgem. Deutschen Jagdschutzvereins 1911 Nr. 34 S. 413.

Jähner, Eigentumserwerb am Wilderergut. Leipziger Diss. Göttingen 1897.

v. Ickstatt, Gründliche Abhandlungen von den Jagdrechten. Nürnberg 1749.

v. Jhering, Über den Grund des Besitzschutzes. Jena 1869.

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

Juristische Wochenschrift.

Keyßner, Haftpflicht der Eisenbahnen für Sachbeschädigung durch Funkenflug. Im Recht 1904 S. 617.

Kipp in Windscheids Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. Frankfurt a. M. 1906.

Kipp, Luftschiffahrt und Grundeigentum. In der Juristischen Wochenschrift 1908 S. 643.

Koch, Bedeutung des Satzes „Erhöhte Gefahr, erhöhte Haftung" im modernen Recht. Würzburger Diss. Hagen i. W. 1911.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.

Kohler, Technik der Gesetzgebung. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 90 S. 345.

Kretzschmar, Sachenrecht. Leipzig 1906.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

Kuhlenbeck, Bürgerliches Gesetzbuch. Berlin 1904.

Kuhlmann, Das Jagdrecht, seine Struktur und Stellung im System, und der Schutz des Jagdberechtigten. Marburger Diss. Leipzig 1910.

v. Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung. München 1911.

Lenz, Erwerb, Verlust und Schutz des Besitzes an Rechten außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Berlin 1909.

v. Leyden, Die sogen. Kulpakompensation. Berlin 1902.

Lissauer, Anwendung des § 254 BGB. auf § 25 preuß. EisenbG. In der Deutschen Juristenzeitung 1909 S. 768.

Maenner, Sachenrecht. München 1906.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Berlin 1904.

Meisner, Sachenrecht. Breslau 1901.

Merkel, Ad., Enzyklopädie. 1885.

Merkel, Rud., Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. Straßburg 1895.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Amtl. Ausgabe.

Müller, Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht. Tübingen 1912.

Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 106 S. 309 ff.

Nagler, Die Jagdwilderei. In Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Bes. Teil Bd. 8. Berlin 1906.

Obertribunal = Entscheidungen des Kgl. Geheimen Obertribunals.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Schuldverhältnisse. Berlin 1910.

Oesterlen, Eisenbahnhaftpflicht bei Überfahren und Funkenflug. In Egers eisenbahnrechtlichen Entscheidungen Bd. 15 u. 16.

v. Palm, Schadensersatzpflicht bei rechtmäßiger Gefährdungshandlung. Diss. Leipzig. Borna-Leipzig 1910.

Pollwein, Eigenjagdverpachtung und „Kauf bricht nicht Miete". In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1906 2. Jahrg. S. 243.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Przibilla, Das mitwirkende Verschulden der Vertreter und Gehilfen. In der Juristischen Wochenschrift 1909 S. 179.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Rheinisches Archiv. Im Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht der Kgl. Preuß. Rheinprovinz.

Riehl in Gruchots Beiträgen Bd. 51 S. 154 ff.

Rosenthal, Das eigene Verschulden des Beschädigten und die Verteilung des Schadens nach § 254 BGB. Diss. Marburg. Limburg 1910.

Rotering, Aus der Lehre vom Besitz. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 27 S. 55 ff.

Roth, Kritischer Überblick über den Stand der Doktrin und Gesetzgebung, den Besitz und das Eigentum des Wildes betreffend. In der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 5 S. 542 ff.

Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden. Tübingen 1910.

v. Savigny, Recht des Besitzes. Wien 1865.

Schmid, Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts Bes. Teil Bd. 1. Leipzig 1847.

Schröder, Die Bedeutung der Verweisung auf § 278 im Abs. 2 des § 254 BGB. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 95 S. 298.

Schultz, Jahrbuch für Entscheidungen aus dem Gebiete der preußischen Agrar-, Jagd- und Fischereigesetzgebung. Bd. 1. 1904.

Schuppe, Über Eugen Fuchs' Wesen der Dinglichkeit, zugleich ein Beitrag zur Lehre der Dinglichkeit überhaupt. In der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 33 S. 187 ff.

Schwartz, Verfassungsurkunde für den preußischen Staat. 1898.

Senff, Die Haftung der Straßenbahnen für Schäden. In den Blättern für Rechtspflege 1902 S. 10 ff.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

„Silva", Illustrierte Forstzeitung. Darmstadt.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Stelling, Sind eingegatterte Jagdbezirke „Tiergärten“ im Sinne des § 960 BGB.? In der Deutschen Juristenzeitung 1907 S. 182.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 2. Berlin 1896.

Swart, Der Wildpark im Zivil- und Strafrecht. Marburger Diss. Leipzig 1908.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach bürgerlichem Recht. Leipzig 1900.

Traeger, Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1904.

Uhde, Eigentum am Wild. Diss. Jena 1904.

Unger, Handeln auf eigene Gefahr. Jena 1904.

Vieth, Das Wesen des Tiergartens. Diss. Gießen 1909.

Weber, Haftung des Eisenbahnfiskus bei Betrieb und Beförderung. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 1909.

Wegener, Setzt dem Begriffe des „Tiergartens“ im Sinne des § 960 BGB. der Umfang des eingehegten Gebietes Schranken? Heidelberger Diss. Berlin 1908.

Werner, Schadensersatzpflicht bei Beschädigungen infolge Rechtsüberschreitung. Im Recht 1904 S. 330ff.

Wirschinger, Das Jagdrecht des Königreichs Bayern. München 1902.

Wolff, Sachenrecht. Marburg 1909.

Wussow, Der Einfluß des § 254 BGB. auf die Eisenbahnhaftpflicht. In Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen Bd. 24 S. 78.

Zeitschrift des Allgemeinen Deutschen Jagdschutzvereins; Hannover.

Zeitschrift für das bürgerliche Recht und das französische Zivilrecht.

Zeitschrift für Forst- und Jagdwesen.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Ziebarth, Das Forstrecht. Berlin 1889.

Einleitung.

§ 1.

Dem Thema unserer Arbeit liegt etwa folgender praktischer Fall zugrunde: Im Sommer wird durch Funkenflug einer Lokomotive der preußischen Staatsbahn das durch die Sonne ausgedörrte Laub eines anliegenden Waldes in Brand gesetzt, und weite Flächen desselben fallen dem Feuer zum Opfer. Der Wildbestand ist vollkommen vernichtet. Teilweise sind die Tiere verbrannt, teilweise durch das Wüten des Feuers gänzlich vertrieben worden. Dies sowie die Tatsache, daß auch die Äsung für die Tiere völlig vernichtet ist, läßt die Wiederbevölkerung des Jagdreviers für absehbare Zeit als ausgeschlossen erscheinen.

Hier entsteht die für den Jagdherrn wichtige Frage, ob er gegen die Eisenbahn Ersatzansprüche für die Schädigungen seiner Jagd mit Erfolg geltend machen kann, oder ob er die verhängnisvollen Folgen des Waldbrandes selbst zu tragen hat.

Besonders im Anschluß an die zahlreichen Wald-, Haide- und Moorbrände während der ungeheuren Dürre der Frühlings- und Sommermonate 1911, wo nur gar zu oft Funken von Lokomotiven die Brandstifter waren, ist die Frage der Haftung der Eisenbahn für Schädigungen des Jagdherrn durch Verbrennen von Wild lebhaft erörtert worden und dabei ein erstaunlicher Widerspruch der Meinungen zutage getreten. Unter den vielen in Fachschriften veröffentlichten Artikeln ragt besonders der von Dickel in der Zeitschrift für Forst- und Jagdwesen 1912 Heft 3 veröffentlichte hervor.[1])

---

[1]) Von sonstigen Artikeln in Fachschriften seien genannt: Zeitschr. f. Forst- u. Jagdw.: Haftung der Eisenbahn für durch Funken verursachten Waldbrand, von Baltz (39. Jahrg. 1907 S. 724 ff.); Zeitschr. d. Allgem. D. JagdschutzV.: Ausführungen der Redaktion (1911 Nr. 31 S. 367), Haft-

Der Disposition dieses Aufsatzes wird auch die Anlage unserer Arbeit folgen. Es sollen in ihrem ersten Teil die rechtlichen Grundlagen der Haftpflicht des preußischen Eisenbahnfiskus für einen durch Funkenflug verursachten Waldbrand allgemein besprochen werden, wobei wegen einer etwa in Betracht kommenden Verschiedenheit der Beurteilung getrennt werden wird zwischen Vollbahnen und Kleinbahnen. Der zweite Teil bringt dann speziell die Frage der Haftung für Schädigungen der Jagd. Auch hier wird sich eine Unterteilung ergeben, je nachdem es sich um Wild in „Tiergärten“ oder um Wild in freier Wildbahn handelt.

Es ist nunmehr auf das Thema der Abhandlung selbst einzugehen: „Haftung des preußischen Eisenbahnfiskus für einen durch Funkenflug verursachten Waldbrand, insbesondere für dadurch hervorgerufene Schädigungen der Jagd“.

Haftung für den durch Funkenflug am Walde verursachten Brandschaden.

§ 2.

Das bei der Frage der Haftpflicht der Eisenbahn für durch Funkenflug angerichteten Sachschaden zuerst in Betracht zu ziehende Bürgerliche Gesetzbuch[1]) bestimmt in Art. 105 EG. z. BGB.: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach denen der Unternehmer eines Eisenbahnbetriebes oder eines anderen mit gemeiner Gefahr verbundenen Betriebes für den

---

pflicht der Eisenbahn für infolge Funkenflugs der Lokomotiven verbranntes Wild, von Höpker (1911 Nr. 34 S. 413), Haftet die Eisenbahn für infolge Funkenflugs verendetes Wild?, von Dr. v. Damm (1911 Nr. 38 S. 493), Haftet die Eisenbahn für infolge Funkenflugs verendetes Wild?, von Bitter (1912 Nr. 2 S. 25); Silva, ill. Forstztg.: Schadensersatzpflicht der Bahn für verbranntes Wild, von Baltz (1911 Nr. 45 S. 364).

[1]) Eine etwaige reichsrechtliche Sondergesetzgebung besteht für unseren Fall nicht. Das RHaftpflG. v. 7. 6. 1871 regelt nur die Ersatzpflicht des Betriebsunternehmers einer Eisenbahn für den bei dem Betriebe durch Tötungen oder Körperverletzungen entstandenen Schaden, und die Vorschriften der §§ 453 ff. HGB. gelten nur für beförderte Sachen.

aus dem Betriebe entstehenden Schaden in weiterem Umfang als nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches verantwortlich ist". Als eine solche landesgesetzliche Vorschrift kann in Preußen nur das preuß. Eisenbahngesetz v. 3. 11. 1838 [1]) in Betracht kommen, das in § 25 auch die Haftpflicht der Eisenbahn für Beschädigung nicht durch sie beförderter Sachen behandelt.

Hiernach geht der Gesetzgeber bei der Haftpflicht in unserem Fall von folgendem Grundsatz aus: Es finden die allgemeinen Haftungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung, und nur insoweit die Haftung der Eisenbahn nach § 25 preuß. EisenbG. von 1838 eine weitergehende ist als nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, tritt Landesrecht an die Stelle von Reichsrecht.

Sofort aber ergibt sich eine Modifikation. Man unterscheidet nämlich unter den Eisenbahnen, die für den öffentlichen Verkehr bestimmt sind, im wesentlichen zwei Kategorien: Vollbahnen, d. h. solche, die dem öffentlichen Verkehr ohne örtliche Begrenzung gewidmet sind,[2]) und Kleinbahnen, welche für den allgemeinen Eisenbahnverkehr nur geringere Bedeutung haben und nur dem lokalen Interesse dienen. Ob das eine oder andere der Fall ist, entscheidet im Zweifelsfalle das Staatsministerium.[3])

Diese Unterscheidung wird für das soeben erwähnte preuß. Eisenbahngesetz von 1838 von Bedeutung. Seine Vorschriften sind nämlich nur für Haupt- und Nebenbahnen maßgebend, das rechtliche Fundament für die Haftung der Kleinbahnen ist ein anderes. Denn für sie schreibt § 1 des preuß. Gesetzes über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen v. 28. 7. 1892 vor, daß sie dem Gesetze über die Eisenbahnunternehmungen v. 3. 11. 1838 nicht unterliegen.[4])

---

[1]) Das Gesetz ist durch die Kgl. Verordnung v. 19. 8. 1867 auch für die neuen Provinzen in Kraft gesetzt.

[2]) Sei es dem großen durchgehenden Verkehr (Hauptbahnen) oder dem Anschlußverkehr (Nebenbahnen).

[3]) § 1 Abs. 3 preuß. KleinbG. v. 28. 7. 1892.

[4]) Die zuweilen aufgeworfene Frage, ob nicht durch § 1 KleinbG. nur die öffentlichrechtlichen Vorschriften für auf Kleinbahnen unanwendbar er-

Da nun das Kleinbahngesetz von 1892 selbst nur öffentlich-rechtliche Bestimmungen gibt, auch in den sonst für Preußen aufrechterhaltenen Teilen der Landesgesetzbücher besondere Vorschriften für die Haftung der Kleinbahnen nicht zu finden sind, können für sie auch landesrechtliche Vorschriften, nach welchen ihr Unternehmer für den aus dem Betrieb entstehenden Schaden in weiterem Umfang als nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches verantwortlich ist, nicht in Frage kommen, mit anderen Worten, es entbehrt für die Haftung der Kleinbahnen der Art. 105 EG. z. BGB. jeder Bedeutung, es findet vielmehr uneingeschränkt Reichsrecht Anwendung.

Somit ergeben sich gleich für den ersten Teil unserer Arbeit zwei getrennt zu behandelnde Abschnitte: Die Haftung des preußischen Eisenbahnfiskus für Funkenflug einer von ihm betriebenen Kleinbahn und eine solche für die ihm gehörigen Vollbahnen. Während die Beantwortung der ersten Frage, wie wir soeben sahen, lediglich nach Reichsrecht zu erfolgen hat, werden im zweiten Abschnitt die einschlägigen Landesgesetze, insbesondere das preuß. Eisenbahngesetz von 1838, herangezogen werden müssen, und es wird zu prüfen sein, inwieweit die Haftung der Vollbahnen nach ihren Bestimmungen eine strengere ist als nach den reichsrechtlichen Vorschriften.

Der Funkenflug ist bei dem Betriebe einer Kleinbahn entstanden.

§ 3.

Das Reichsrecht, nach dem die Haftung der Kleinbahnen für Funkenflug allein zu beurteilen ist, gibt keine Sondergesetze für diese Frage; somit haben wir sie lediglich aus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu beantworten.

---

klärt worden sind, die privatrechtlichen aber in Geltung geblieben seien (so beispielsweise Senff a. a. O. S. 10/11), wird u. E. mit Recht von der herrschenden Lehre verneint. Denn ein solcher Wille hätte im Gesetz zum deutlichen Ausdruck gebracht werden müssen. Vgl. hierzu Gundlach a. a. O. S. 33/34.

Werden nun die Grundbesitzer, deren Land an der Strecke einer Kleinbahn gelegen ist, durch Funkenflug der Lokomotiven in ihrem Eigentum beeinträchtigt und entsteht hierdurch Brandschaden, so gibt ihnen das Bürgerliche Gesetzbuch zwei Klagen: die aus § 1004 (§ 862) und die des § 823.

Nach § 1004 kann jeder Grundbesitzer unter gewöhnlichen Umständen von dem Störer Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen, und dieser Anspruch wird allein von einem objektiv rechtswidrigen Eingriff in das Eigentum abhängig gemacht. Verschulden dessen, durch den der beeinträchtigende Zustand geschaffen wurde, ist nicht Voraussetzung dieses dinglichen Anspruchs. Weitergehende Rechte werden aber dem Eigentümer in diesem Paragraphen nicht gegeben. So kann er vor allem, wenn die Beseitigung nicht mehr möglich ist, nicht etwa statt ihrer Schadensersatz fordern. Besonders aus diesem Grunde wird in unserem Falle, wo bereits ein erheblicher Schaden entstanden ist, den Grundbesitzern mit Anstellung der Beseitigungsklage aus § 1004 in keiner Weise geholfen. Wollen sie Ersatz des entstandenen Schadens haben, so werden sie zweckmäßig aus § 823 BGB. klagen.

Zur Geltendmachung dieses Anspruchs setzt § 823 Verschulden des Schädigers voraus.

Von dem Vorliegen eines besonderen Verschuldens, sei es, daß der Funkenflug gesteigert wurde durch das zur Heizung der Lokomotive benutzte Material oder durch die Mangelhaftigkeit der Maschine, sei es, daß die Lokomotive durch den Lokomotivführer nicht richtig gehandhabt oder vom Heizer der Kessel überheizt wurde, wollen wir bei Behandlung unseres Themas absehen.

Aber man könnte vielleicht auf den Gedanken kommen, den Betrieb einer Eisenbahn an sich schon als eine Fahrlässigkeit zu bezeichnen, weil der Unternehmer hätte wissen müssen, daß bei dem heutigen Stande der Technik auch bei Anbringung der modernsten Funkenfänger ein Funkenflug nicht vermieden werden kann und daher vorauszusehen war, daß die der Lokomotive entströmenden Funken in kürzerer oder längerer Zeit Brandschaden verursachen würden.

Eine solche Ansicht ist in der Tat des öfteren vertreten worden. So hat das Oberamtsgericht München am 16.4.1861 [1]) ausgesprochen, daß „der Betrieb einer Eisenbahn notwendig und unzertrennlich eine kulpose Handlungsweise mit sich führe", denn eine Handlung sei kulpos, „wenn der Handelnde wissen mußte, daß sein Tun einen Schaden verursachen könne und er dessenungeachtet die Handlung vornahm".[2]) Mit Recht ruft Merkel aus: „In wieviel größerem Verschulden sind dann aber die Polizei und in letzter Linie der Staat, daß sie solchem schuldhaften Unterfangen ihre Gutheißung erteilen!"

Die Annahme eines Verschuldens ist denn hier auch unmöglich. Hat doch die Allgemeinheit selbst das größte Interesse an dem Betriebe der Eisenbahn, die durch die Entwicklung unserer Verkehrsverhältnisse unentbehrlich geworden, aber nun einmal ohne Gefährdung des Eigentums Dritter nicht betrieben werden kann, und es ist unmöglich, „da, wo ein bestimmtes gefahrdrohendes Handeln nach allgemeiner Anschauung statthaft erscheint, ja sogar gebieterisch verlangt wird, von einer Schuldhaftung zu reden".[3]) Auch kommt man hier mit Kulpafiktionen oder gewaltsamen Konstruktionen eines Verschuldens — schloß man doch gar von einem eingetretenen Erfolg rückwärts auf ein vorgekommenes Verschulden! — nicht weiter. „Derartige Schuldfiktionen sind den primitiven Kulturperioden eigen. Sie tauchen im entwickelten Recht noch zu Zeiten auf, in denen neue Haftungsgedanken sich mühsam Bahn brechen und deshalb zunächst mit einer fremden Flagge sich decken müssen. Alsdann sind sie erklärlich, aber niemals können sie der wissenschaftlichen Kritik standhalten, und immer sind sie geeignet, den neuen Gedanken und seine Tragweite zu verbergen." Heute werden diese Entscheidungen denn auch nur noch als „Kuriosum" angeführt.

Alledem hat sich auch das Reichsgericht nicht verschließen können. Im 17. Band seiner Entscheidungen Nr. 24 lehnt es das

[1]) In Seufferts Arch. Bd. 14 S. 358.

[2]) vgl. R. Merkel, Kollision rechtmäßiger Interessen S. 114, wo weitere Belege.

[3]) Rümelin a. a. O. S. 22.

früher vielfach angenommene Verschulden ab mit folgender Begründung: „Jede Verschuldung beruht ihrem letzten Grunde nach auf einem Willensfehler in der Richtung, daß der Täter freiwillig eine schädigende Handlung vorgenommen hat, obwohl er bei Anwendung der gewöhnlichen Sorgfalt und Vorsicht den eingetretenen Erfolg als eine mögliche Folge seiner Handlung hätte voraussehen können; der Täter muß also in der Lage gewesen sein, die schädigende Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen. Es bedarf aber keiner Ausführung, daß nach den Gründen, welche den Staat zur Genehmigung der Eisenbahn bezw. zum eigenen Betrieb der Eisenbahn veranlassen, der Betrieb als ein willkürlicher Akt in dem hervorgehobenen Sinne überall nicht aufgefaßt werden kann".[1]) Lehnt man aber in unserem Falle jedes Verschulden ab, so entfällt auch der Anspruch aus § 823 BGB.

Wir kämen damit zu dem Ergebnis, daß eine Haftpflicht der Kleinbahn für einen durch Funkenflug verursachten Waldbrand nicht zu begründen ist, ein Resultat, das noch unbilliger erscheint, wenn man bedenkt, daß sich die Grundbesitzer auch gegen eine Wiederholung ähnlicher Fälle in keiner Weise sichern können. Die actio negatoria, mit der sich jeder Eigentümer gegen drohende weitere Beeinträchtigungen seines Eigentums schützen kann, ist ihnen versagt.[2]) Darauf ist nicht mit Unrecht hingewiesen worden. Die Konsequenzen der Zulassung der actio negatoria wären auch unmögliche. Stände doch dann den Eigentümern solcher gefährdeter Grundstücke die Möglichkeit zu, jederzeit durch Anstellung der Klage den Betrieb der Eisenbahn, die als notwendiges Verkehrsmittel bereits unentbehrlich

[1]) Die Literatur steht durchaus auf demselben Standpunkte. So schreibt Kipp in JurW. S. 664: „Den Eisenbahnbetrieb wegen der notorischen Gefahr des Funkenflugs als ein Verschulden in sich dem Grundeigentümer gegenüber zu betrachten, dagegen hat man sich mit Recht gesträubt".

[2]) Unbenommen bleibt ihnen allerdings die Klage auf Anbringung aller tunlichen mit dem Betriebe zu vereinbarenden Einrichtungen zur Abhilfe (RGE. Bd. 62 S. 131). Aber dies ist für die Grundeigentümer nur ein unzulänglicher Schutz, denn Vorrichtungen zu erfinden, welche den Funkenflug gänzlich ausschließen, ist der modernen Technik bisher noch nicht gelungen.

geworden ist, lahm zu legen, es bliebe der Eisenbahn nichts anderes übrig, als ihren Betrieb einzustellen.

Rechtlich begründet sich die Versagung der actio negatoria nicht aus § 906 BGB. Denn von einer nur unwesentlichen Beeinträchtigung kann hier nicht mehr gesprochen werden; auch § 26 GewO. greift nicht ein. Denn nach § 6 GewO. findet dieses Gesetz auf Eisenbahnunternehmungen keine Anwendung.[1]) Aber sie erklärt sich aus der Tatsache, daß die Kleinbahn nach der Konzessionierung aus Gründen des allgemeinen Wohls zum Betriebe nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist. Dies folgert das Reichsgericht (RGE. Bd. 58 S. 134) mit Recht aus den §§ 11 Abs. 2, 42 KleinbG. v. 25. 7. 1892, den Ausführungsanweisungen zu § 11 KleinbG.[2]) und dem § 1 des Gesetzes über die Bahneinheiten.[3]) Es konkurrieren hier also das Interesse der Öffentlichkeit und das einer einzelnen Person, und in solchen Fällen müssen „die einzelnen Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staates den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohles, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch eintritt, weichen".[4])

So durchaus wünschenswert die Versagung der actio negatoria auch im Interesse der Allgemeinheit ist, so läßt uns doch dieser Umstand das oben gewonnene Ergebnis, wonach den Grundeigentümern der Brandschaden nicht ersetzt zu werden braucht, als noch härter erscheinen. Es ist nicht zu verkennen, daß es eine Unbilligkeit des Gesetzgebers wäre, würde er dem Eigentümer, dem das so wesentliche Recht, Eingriffe in sein Eigentum abzuwehren, genommen ist, nicht einen Ersatz geben. Und dieser Ersatz könnte in unserem Falle nur in der Gewährung der durch einen Verschuldensnachweis nicht bedingten Klage auf Erstattung des angerichteten Schadens bestehen, mit

---

[1]) Von der ihm zustehenden Befugnis, den § 26 GewO. gemäß Art. 125 EG. z. BGB. auf Eisenbahnen auszudehnen, hat Preußen bisher keinen Gebrauch gemacht.

[2]) EisenbVBl. 1898 S. 235.

[3]) GS. 1902 S. 238.

[4]) So ALR. Einl. § 74, der nach § 89 preuß. AG. z. BGB. auf Grund des Art. 109 EG. z. BGB. aufrechterhalten ist.

anderen Worten, in der Begründung der Haftpflicht der Eisenbahn auch ohne Verschulden.

§ 4.

Es sei denn hier auch zunächst festgestellt, daß in unserem Falle selbst in allen Rechtsgebieten Preußens vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein derartiger vom Verschulden unabhängiger Schadensersatzanspruch vom Reichsgericht stets anerkannt worden ist. Freilich klangen die Begründungen recht verschieden.

Im Gebiete des allgem. Landrechts war es besonders die berühmte Plenarentscheidung des Obertribunals v. 7. 6. 1852,[1]) deren Ausführungen das Reichsgericht sich zu eigen machte. Das Obertribunal hatte in diesem Erkenntnis einen Schadensersatzanspruch bei objektiv rechtswidriger Überschreitung der Kollisionsgrenze zweier Eigentumsrechte für gerechtfertigt erklärt. Soweit bei einer derartigen Kollision von Rechten — so führte es aus — eine unbegrenzte Ausdehnung des Rechts an und für sich möglich sein würde, müsse jeder von seinem Rechte so viel aufgeben, daß die Ausübung aller Rechte zugleich und in einem gleichmäßigen Verhältnis nebeneinander bestehen könne (Einl. § 97 ALR.). Wer nun diese „gehörigen" Schranken seines Eigentums überschreite und dadurch andere an der „gehörigen" Ausübung ihres Eigentums hindere, kränke infolgedessen das wohlerworbene Recht dieser anderen und sei daher schadensersatzpflichtig (ALR. Einl. § 93 und Teil 1 Titel 8 § 26). Diese Grundsätze, die das Obertribunal selbst auf Eisenbahnen nicht anwandte, dehnte die Rechtsprechung des Reichsgerichts auch auf Eisenbahnbetriebe aus und kam so zu einer Schadensersatzpflicht der Eisenbahngesellschaften für durch ihren Betrieb angerichteten Sachschaden. So schreibt das Reichsgericht beispielweise am 2. 7. 1884[2]): „Der Berufungsrichter geht davon aus, daß niemand beim Gebrauche seines Eigentums die Grenzen des Eigentums eines andern überschreiten darf, daß solches Eindringen in den

[1]) Entsch. d. OTr. Bd. 23 S. 252.
[2]) Gruchots Beitr. Bd. 29 S. 677.

Eigentumskreis des Nachbars auch bei Immissionen von Rauch und Dampf in einer belästigenden und ungewöhnlichen Weise zu finden ist und daß deshalb von dem immittierenden Nachbar Schadensersatz geleistet werden muß. Diese in mehrfachen Entscheidungen des Reichsgerichts ausgesprochenen Rechtsgundsätze lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen". Und an diesem Standpunkt hielten die Entscheidungen des Reichsgerichts im Gebiet des allgem. Landrechts bis zur Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs fest.[1])

Was das gemeine Recht anbelangt, so setzte zwar im allgemeinen die actio negatoria, wenn mit ihr Ersatz des vor der Klageerhebung entstandenen Schadens gefordert wurde, ein Verschulden voraus.[2]) Gegenüber den ihrer Natur nach das Eigentum Dritter gefährdenden Betriebshandlungen jedoch, deren Einstellung nicht verlangt werden konnte, glaubte man einen Ersatzanspruch in allen Fällen geben zu müssen, sofern nur — und insofern ergibt sich im Ergebnis ein Unterschied zu der Rechtslage im Gebiete des allgem. Landrechts — der Unternehmer die schädigenden Wirkungen voraussehen konnte.[3]) So

[1]) vgl. Entsch. d. RG. im Gebiete des ALR. v. 20. 9. 1882 (RGE. Bd. 7 S. 266), v. 7. 2. 1883 (Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 907), v. 7. 3. 1883 (JMBl. 1884 S. 23), v. 2. 7. 1884 (Gruchots Beitr. Bd. 29 S. 677), v. 10. 7. 1886 (Egers Eisenbahnrechtl. Entsch. Bd. 5 S. 67), v. 24. 6. 1889 (daselbst Bd. 7 S. 208), vom 16. 6. 1892 (daselbst Bd. 9 S. 322), v. 13. 1. 1894 (daselbst Bd. 10 S. 257).

[2]) Dies wird besonders in der Entscheidung des RG. v. 9. 3. 1882 betont: „Dagegen ist nicht zu erwarten, daß die Quellen den Satz bestätigen, daß mit der actio negatoria schlechthin auch für die Zeit vor der Klageerhebung das Interesse des Klägers, welches er daran hatte, daß sein Eigentum nicht verletzt wurde, gefordert werden durfte, denn es würde allgemeinen Rechtsprinzipien widersprechen. Die actio negatoria ist auch da begründet, wo das Eigentum durch ein lediglich objektives Unrecht verletzt wird. Der Umstand aber, daß jemand durch seine Handlung objektiv ein fremdes Recht verletzt, begründet wohl einen Anspruch auf Beseitigung des Fortbestandes dieses objektiv widerrechtlichen Verhaltens, er reicht aber nicht aus, um eine Verpflichtung des Urhebers jener Verletzung zum Schadensersatz zu begründen" (RGE. Bd. 11 S. 221).

[3]) vgl. RGE. v. 11. 10. 1892 (Bd. 30 S. 114), wo der Schadensersatzanspruch lediglich aus dem Grunde abgewiesen wird, weil der Unternehmer die dort eingetretenen Schädigungen als mögliche Folgen seiner von ihm errichteten Anlage nicht voraussehen konnte.

schreibt das Reichsgericht am 7. 12. 1886[1]): „Der nach gemeinem Recht jedem Eigentümer gebührende Rechtsschutz fordert notwendig die Anerkennung der Verantwortung des Unternehmers eines solchen Betriebes für seine Betriebshandlungen als Korrelat seiner Befugnis zu den gefährdenden Handlungen. Die Ablehnung würde zu einer Beschränkung des Eigentums führen, welche dem gemeinen Recht fremd ist". Denn unter den Rechtsgründen, die zu der objektiven Rechtsverletzung hinzutreten müssen, um eine Haftung zu begründen, sei culpa nur einer, ein anderer solcher Grund sei beispielsweise eine im Gewerbebetriebe erfolgte Betriebshandlung, welche ihrer Natur nach das Eigentum Dritter gefährdet, während der Eigentümer auf Einstellung des mit obrigkeitlicher Genehmigung unternommenen Betriebes nicht klagen kann. „Andererseits reicht die Verantwortlichkeit eines solches Betriebsunternehmers nicht so weit, daß er auch haftbar gemacht werden könnte für Schäden, dessen Verursachung durch den Betrieb sich nicht hat voraussehen lassen".

Die rheinische Rechtsprechung vollends konstruierte die Haftung der Eisenbahnbetriebe für durch Funkenflug angerichteten Schaden aus Art. 545 rhein. BGB.: „Bei dem auf Grund einer staatlichen Genehmigung oder in Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechtes stattfindenden Betriebe einer Eisenbahn ist den Anliegern das ihnen sonst zustehende Recht auf Untersagung der schädigenden Handlung genommen; da aber bei einer solchen tatsächlich ein Eingriff in ihr Eigentumsrecht vorliegt und demgemäß in der Aberkennung des Widerspruchsrechts eine das Eigentum beschränkende Entziehung eines Rechts aus Gründen des Gemeinwohls zu erblicken ist, so ist für die das Eigentum dadurch treffenden Nachteile aus den nämlichen Gründen Schadensersatz zu leisten wie bei der zwangsweisen gänzlichen Entziehung von Grundeigentum (Art. 545 rhein. BGB.)". So das Oberlandesgericht Köln am 22. 10. 1894.[2])

Wir sehen, in allen damaligen Rechtsgebieten Preußens

---

[1]) RGE. Bd. 17 S. 103 ff.

[2]) Rhein. Arch. Bd. 88 S. 24/25.

war die Rechtsprechung, die sich der Angemessenheit einer Ersatzpflicht der Eisenbahnen nicht zu verschließen vermochte, bemüht, eine solche in mehr oder minder zwingender Argumentation aus dem damals geltenden Recht herzuleiten. Und wie ist es heute?

§ 5.

Es ist bereits erörtert worden, wie eine Ersatzpflicht in unserem Falle nach den in Betracht kommenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht zu begründen ist. Aber auch hier ist es wieder die Rechtsprechung, die vermittelnd eingreift. Maßgebend ist für unseren Fall die Entscheidung des Reichsgerichts v. 11. 5. 1904 geworden.[1])

Hier gibt unser höchster Gerichtshof der Klage gegen eine Kleinbahn auf Ersatz des durch ihren Betrieb verursachten Schadens auch ohne Nachweis eines besonderen Verschuldens statt mit der Begründung, es sei ein aus dem geltenden Recht zu abstrahierender allgemeiner Rechtsgedanke, daß, wo immer dem beeinträchtigten Eigentümer der Anspruch auf Unterlassung der Immission durch Sondervorschrift entzogen sei, ihm auch ohne Nachweis eines Verschuldens ein Schadensersatzanspruch zustehen müsse. „Ist aber dem Grundeigentümer im Einzelfalle das so wesentliche Recht, Eingriffe in sein Eigentum abzuwehren, genommen, so muß ihm notwendig hierfür anderweitiger ausreichender Ersatz gegeben sein, und solcher Ersatz kann nur in Gewährung der durch Verschuldensnachweis nicht bedingten Klage auf Erstattung des angerichteten Schadens gefunden werden. Denn beim Fehlen der erwähnten, ihm vom Staat auferlegten Beschränkung könnte der Eigentümer ohne Verschuldensnachweis auf Beseitigung der Beeinträchtigung klagen; unbillig wäre es, wenn er, belastet mit der Beschränkung, ohne den oft schwierigen oder unmöglichen Verschuldensnachweis gänzlich schutzlos bliebe.“ Wenn dies im Bürgerlichen Gesetzbuch auch nicht ausdrücklich als allgemeiner Grundsatz ausgesprochen sei, so ergebe sich doch der hierauf gerichtete

[1]) RGE. Bd. 58 S. 130 ff.

Wille des Gesetzgebers wie für das Reich, so auch für das Königreich Preußen aus verschiedenen Einzelvorschriften. Es liegt dieser gesetzgeberische Gedanke z. B. dem § 904 BGB. zugrunde. Er gab Anlaß zu der strengen Fassung des § 25 preuß. EisenbG. v. 3. 11. 1838, und nicht minder ist er aus § 26 GewO. zu erkennen. Die Unzulässigkeit der unmittelbaren Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen hindert nicht, aus der mehrfachen Äußerung desselben gesetzgeberischen Willens auf das Bestehen eines allgemeinen Rechtssatzes zu schließen und diesen zur Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu verwenden. Ihre erheblichste Stütze findet die Erwägung auch in Art. 9 preuß. VU. Hiernach soll das Eigentum unverletzlich sein und nur aus Gründen des öffentlichen Wohles gegen Entschädigung entzogen oder beschränkt werden . . .“ So das Reichsgericht.

Daß die Anerkennung eines solchen Satzes der Billigkeit im höchsten Maße entsprechen würde, kann nicht bezweifelt werden. Es fragt sich nur, ob er rechtlich auch wirklich begründet ist, ob nicht die Rechtsprechung hierbei die ihr durch das Gesetz gezogenen Schranken überschritten hat.

Es fehlt denn auch in der Tat nicht an Stimmen, welche dies behaupten. Während Planck[1]) und Staudinger[2]) sich damit begnügen, die vom Reichsgericht vertretene Ansicht als nicht unbedenklich zu bezeichnen, ohne für ihre Bedenken Gründe anzuführen, haben sich eingehender Werner[3]) und Fuld[4]) mit der Widerlegung der Reichsgerichtsentscheidung bemüht, auch Gerechter[5]) lehnt die Auffassung des Reichsgerichts ab. Ihnen können wir uns nicht anschließen. Da die Gegner ihre Angriffe hauptsächlich auf die vom Reichsgericht herangezogenen Gesetzesbestimmungen, aus denen der erwähnte Rechtssatz abstrahiert werden soll, richten, muß auf seine rechtliche Begründung durch das Reichsgericht näher eingegangen werden.

---

[1]) Bd. 2 zu § 823.
[2]) Bd. 2 zu § 823.
[3]) a. a. O. S. 330/31.
[4]) a. a. O. S. 616.
[5]) a. a. O. S. 62/63.

§ 6.

Da müssen wir allerdings zunächst zugeben, daß das Reichsgericht in der Auswahl der Gesetzesvorschriften, aus denen es den allgemeinen Rechtssatz im Wege der Rechtsanalogie ableiten will, keine allzu glückliche Hand gehabt hat.

Verfehlt erscheint auch uns zunächst die Heranziehung des Art. 9 preuß. VU.[1]) Das Reichsgericht erkennt im weiteren Laufe seiner Entscheidung selbst an, daß eine Verfassungsurkunde niemals einer zivilen Entscheidung unmittelbar zugrunde gelegt werden kann. Trotzdem glaubt es für die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten den Art. 9 als Auslegungs- und Ergänzungsmittel der preußischen Gesetze über nachbarrechtliche Beschränkungen, insbesondere für Art. 89 preuß. AG. z. BGB. in Verb. mit den Art. 109, 125, 218 EG. z. BGB. verwenden zu können. Aber auch dies geht u. E. viel zu weit. Art. 9 hat auch nicht einmal die Aufgabe, die Gesetzgebung zu beschränken, er will nur verhindern, daß auch, ohne sich auf ein Gesetz zu stützen, also willkürlich, die Regierungsgewalt in das Privateigentum eingreift. „Das Eigentum soll nicht der willkürlichen Enteignung durch die Regierungsgewalt unterliegen, sondern dieser gegenüber geschützt sein.“ [2]) In Art. 9 kann bestenfalls ein Versprechen des preußischen Staates gesehen werden, daß er bestrebt sein wird, durch seine Gesetzgebung das Eigentum seiner Untertanen vor Verletzung zu schützen, und falls dies in Ausnahmefällen nicht geschehen kann, dem verletzten Eigentümer eine Entschädigung zu gewähren. Eine solche für den Einzelfall festzusetzen, ist aber dem Gesetzgeber überlassen, und es können sich sehr wohl im konkreten Fall Gründe ergeben, die es dem Gesetzgeber als angebracht erscheinen lassen, eine Entschädigung für die in Frage stehenden Fälle nicht zu gewähren.[3]) Daher

[1]) „Das Eigentum ist unverletzlich. Es kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles gegen vorgängige, in dringenden Fällen wenigstens vorläufig festzustellende Entschädigung nach Maßgabe des Gesetzes entzogen oder beschränkt werden.“

[2]) Schwartz a. a. O. S. 69 zu Art. 9.

[3]) Vollkommen in diesem Sinne RG. an anderer Stelle: Art. 9 VU. ist wesentlich eine Direktive für die Gesetzgebung, und nur gesetzgeberische

kann man auch niemals Art. 9 als Auslegungsmittel eines Gesetzes verwenden, denn nur zu leicht kann es möglich sein, daß der Gesetzgeber aus besonderen Gründen gerade in diesem Gesetze eine Entschädigungspflicht nicht festsetzen wollte. Art. 9 gibt uns also im besten Falle eine Vermutung dafür, daß der Gesetzgeber in unserem Falle die Interessen des Grundeigentümers durch eine entsprechende Ersatzpflicht wahrgenommen haben wird. Ob dies wirklich geschehen ist, geht nur aus dem Gesetze hervor.

Nicht richtig ist u. E. auch die Hervorhebung des § 26 GewO.[1]) Ganz abgesehen davon, daß § 26 GewO. eine Spezialvorschrift ist und es sehr bedenklich erscheint, aus einer Spezialvorschrift ein allgemeines Prinzip herleiten zu wollen,[2]) trifft diese Vorschrift der Gewerbeordnung auch einen dem unsrigen durchaus nicht analogen Fall. Aus dem Wortlaut des § 26 geht klar hervor, daß der dort gegebene Anspruch auf Schadloshaltung unmittelbar an die Stelle der versagten actio negatoria treten solle. Es soll also nur Ersatz geleistet werden für den künftig durch die Versagung der actio negatoria entstehenden Schaden, und nur dieser Anspruch ist von einem Verschulden nicht abhängig. Für den bereits entstandenen Schaden braucht auch in den Fällen des § 26 GewO. nur nach den allgemeinen Vorschriften, also bei Verschuldensnachweis Ersatz geleistet

---

Erwägungen, welche vom Richter nicht geändert oder ergänzt werden können, sind maßgebend für die Frage, ob dem von einem gesetzlichen Eingriffe in das Vermögen Betroffenen eine Entschädigung durch das Gesetz zugesagt werden soll". RGE. v. 20. 9. 1890 (Bd. 26 S. 340) und v. 29. 12. 1899 (Bd. 45 S. 253).

[1]) „Soweit die bestehenden Rechte zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen, welche von einem Grundstück aus auf ein benachbartes Grundstück geübt werden, dem Eigentümer oder dem Besitzer des letzteren eine Privatklage gewähren, kann diese Klage einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage gegenüber niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebs, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligenden Einwirkungen ausschließen, oder, wo solche Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar sind, auf Schadloshaltung gerichtet werden."

[2]) Dies betonen vor allem Werner und Fuld a. a. O.

werden. Darin stimmen Theorie und Praxis bis auf wenige Ausnahmen[1]) überein. Treffend führt das Reichsgericht in seinem Urteile v. 17. 6. 1905[2]) aus, daß im Falle des § 26 GewO. der Verschuldensnachweis nur dann entfalle, soweit die Schadensersatzklage die Klage auf Einstellung des Betriebes vertrete, aber bestehen bleibe, sobald ein Ersatz für Schäden verlangt wird, die schon in der Vergangenheit liegen, die also mit der Klage auf Einstellung des Betriebes auch nicht verhindert worden wären. Ein solcher Ersatz könne vielmehr neben der Klage auf Betriebseinstellung nur unter den allgemeinen Voraussetzungen, regelmäßig also bei Nachweis eines Verschuldens gefordert werden.[3]) Da nun in unserem Falle die Anlieger Ersatz für bereits entstandenen Schaden haben wollen, kann infolgedessen eine Parallele zu § 26 GewO. nicht gezogen werden. Der vom Reichsgericht abstrahierte Rechtssatz kann auch von dieser Gesetzesbestimmung nicht abgeleitet werden.

Dagegen sind u. E. die von Fuld[4]) und Werner[5]) geäußerten Bedenken gegen die Heranziehung von § 904 BGB. nicht begründet. Die Behauptung, daß bei § 904 BGB. nicht der Eingriff in das Eigentum der Verpflichtungsgrund zum Schadensersatz sei, sondern die Ursache dieses Eingriffs, nämlich daß er zur Abwehr drohenden eigenen Schadens geschieht, mit anderen Worten, daß in § 904 ein Schadensersatzanspruch vom Gesetzgeber nur deshalb gegeben werde, weil sich der Schädiger

[1]) Die von Riehl a. a. O., dem sich Staudinger zu § 906 BGB. anzuschließen scheint, gebrachten Gegenargumente sind u. E. nicht überzeugend. Speziell der Hinweis darauf, daß die Beantragung der jetzigen Fassung des § 26 GewO. im Reichstag am Schlusse einer anstrengenden Debatte geschah und in ihrer vollen Tragweite von den übrigen Mitgliedern des Reichstags nicht erfaßt wurde, ist völlig irrelevant. Gesetz ist, was gesetzlichen Ausdruck gefunden hat, nicht, was einzelne oder gar die Mehrzahl der Abgeordneten darunter verstanden haben. Der Text des Paragraphen läßt aber nur die obige Auffassung zu.

[2]) In Seufferts Arch. Bd. 60 S. 218.

[3]) „Wenn auf Schadensersatz für die Vergangenheit geklagt wird, so ist auch bei § 26 GewO. ein Verschulden der verklagten Partei nachzuweisen.“ So v. Landmann S. 247 und die dort angegebene Literatur.

[4]) a. a. O. S. 622.

[5]) a. a. O. S. 330.

durch den Eingriff auf Kosten des anderen bereichert habe, ist in keiner Weise begründet, wenigstens spricht für eine solche Ansicht nichts. Auch Gerechter[1]) gibt zu, daß ebensogut die vom Reichsgericht vertretene Ansicht für den Gesetzgeber bei Schaffung des § 904 maßgebend gewesen sein kann. Man wird also mit einer derartig willkürlichen Auslegung des § 904 vorsichtig sein müssen.

Wären nun § 904 BGB. und der vom Reichsgericht mit vollem Recht auch herangezogene § 25 preuß. EisenbG. von 1838 die einzigen Gesetzesbestimmungen, aus denen der Rechtssatz, daß „als Ersatz für die versagte actio negatoria eine durch Verschuldensnachweis nicht bedingte Klage auf Ersatz des in der Vergangenheit liegenden Schadens gegeben werden müsse", abzuleiten sei, so könnte man die von verschiedenen Seiten geäußerten Zweifel verstehen. Dies ist aber durchaus nicht der Fall. Treffend weist Kipp[2]) gelegentlich einer Besprechung der Haftpflicht der Luftschiffer darauf hin, daß dieser Rechtssatz auch zahlreichen anderen Bestimmungen unseres geltenden Rechts zugrunde liegt. Er erwähnt besonders die §§ 867, 962, 835 BGB. und § 148 preuß. BergG. v. 24. 6. 1865. Der Grundeigentümer, der einem anderen das Betreten seines Grundstücks zum Zwecke des Aufsuchens und Fortschaffens darauf geratener Sachen gestatten muß, oder der die Verfolgung eines Bienenschwarms auf seinem Grund und Boden erlauben muß, oder dem durch Wild, dessen Jagd kraft Gesetzes einem anderen zusteht,[3])

[1]) a. a. O. S. 56.

[2]) JurW. a. a. O. S. 643/44.

[3]) Sei es, daß dem Grundeigentümer kraft Gesetzes das Jagdrecht selbst genommen (was wohl nur noch nach mecklenb. Landesrecht der Fall ist) oder nur kraft Gesetzes die Jagdausübungsbefugnis entzogen ist. Handelt es sich um eine vertragliche Entziehung der Jagdausübungsbefugnis, hat beispielsweise der Grundeigentümer die Jagd verpachtet, so kann der Pächter allein auf Grund des Pachtvertrages, der natürlich auch jede Haftung für Wildschaden dem Verpächter gegenüber ausschließen kann, haften; event. ist noch § 826 BGB. in Betracht zu ziehen. Aber eine außerkontraktliche Haftung aus § 835 BGB. kann in diesem Fall nicht in Frage kommen, denn der Pächter hat kein eigenes gesetzliches „Jagdrecht" im Sinne des § 835 Abs. 1 BGB., vielmehr erlangt er nur die vertragliche Jagdausübungsbefugnis.

Schaden zugefügt wird, sie alle können, da ihnen kraft positiver Gesetzesvorschrift die Duldung solcher Einwirkungen auf ihr Eigentum auferlegt ist, Ersatz des ihnen entstandenen Schadens verlangen, ohne daß ihre Klage von einem Verschulden des Schädigers abhängig wäre. Und wenn nach § 148 preuß. BergG. der Bergwerksbesitzer für den dem Grundeigentümer entstandenen Schaden schlechtweg haftet, auch ohne Verschulden, so ist ebenfalls aus dieser Bestimmung der vom Reichsgericht abstrahierte Rechtssatz deutlich erkennbar. Man muß daher u. E. unbedingt zustimmen, wenn Wolff[1]) die Frage der Geltung dieses Rechtssatzes für endgültig gelöst erklärt.

§ 7.

Die Bedeutung dieser für die Haftung der Eisenbahnen nach Reichsrecht so unendlich wichtigen Entscheidung[2]) ist aber auch eine allgemeinere. Sie bildet eine neue Durchbrechung des vom Bürgerlichen Gesetzbuch als einziger allgemeiner Haftungsgrund aufgenommenen Verschuldensprinzips. In völliger Unterschätzung der Tatsache, daß in der gemeinrechtlichen Entwicklung der Schadensersatz seinen Strafcharakter vollständig verloren hat, daß „im Lauf der geschichtlichen Entwicklung die Idee der Strafe der Idee des Ersatzes erlegen ist und die vollständige Hinüberleitung der Strafe in die Form des Schadensersatzes das anzustrebende Ziel und die Aufgabe der Jurisprudenz ist“,[3]) hat der Gesetzgeber in § 823 BGB. das Verschulden als einzigen allgemeinen Grund der Schadenszurechnung aufgestellt. Dies entbehrt für das geltende Recht, in dem die Verpflichtung zum Schadensersatz nur noch den Ausgleich einer unrichtig verteilten Schadenslast bezweckt, jeder Berechtigung. Auch der Gesetzgeber merkte gar bald, daß mit der Verschuldenstheorie gegenüber dem tatsächlichen Leben nicht mehr durchzukommen war, „zumal gegenüber den sich steigernden Kollisionen unter an sich

[1]) a. a. O. S. 131 Anm. 12.

[2]) An ihr hat das RG. in ständiger Rechtsprechung festgehalten, vgl. RGE. v. 21. 3. 1907 (JurW. 1907 S. 299) und v. 21. 12. 1908 (Bd. 70 S. 150).

[3]) Unger, Handeln auf eigene Gefahr S. 25/26.

berechtigten Interessen infolge der mit dem modernen Verkehrsleben gegebenen größeren Reibfläche unter den Menschen".[1] [2] So wurden für gewisse eine Ersatzpflicht dringend verlangenden Verhältnisse eine solche auch ohne Verschulden durch Einzelgesetze festgesetzt, und wo solche noch fehlten, das Gericht aber trotz Fehlens eines Verschuldens sich der Angemessenheit einer Ersatzpflicht nicht zu verschließen vermochte, da entstanden in der Praxis jene schon oben erwähnten unhaltbaren Kulpafiktionen und gewaltsamen Konstruktionen eines Verschuldens. Die Stimme von Rudolf Merkel, der in seiner Schrift „Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht" an der Hand des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch nachwies, wie alle in demselben enthaltenen Ausnahmen des Verschuldensprinzips sich auf einen gemeinsamen Gedanken zurückführen ließen, dessen Aufnahme er als allgemeines Haftungsprinzip in das Bürgerliche Gesetzbuch forderte, als „Prinzip des aktiven Interesses", verhallte ungehört. „Niemand darf über die eigene Rechtssphäre hinaus in eine fremde verletzend übergreifen. Nur aus besonderen Gründen ist ein solcher Eingriff gestattet. Aber wenn das Recht somit aus besonderen Gründen Stellung nimmt zugunsten des einen der kollidierenden Interessen, und durch eine derartige Sanktion der Gesamtheit ein solcher Eingriff straflos und rechtmäßig wird, so macht sich doch der Charakter der Rechtmäßigkeit des gegenüberstehenden, verletzten Interesses darin geltend, daß über dieses nicht einfach zur Tagesordnung

[1] Rud. Merkel a. a. O. S. 113.

[2] „Unsere Welt kann nicht ohne Einrichtungen bestehen, die an sich gefährdender Art, aber für unser Leben unentbehrlich sind. Sie sind darum nicht verboten und können nicht verboten sein . . . Wer wollte ohne elektrische Bahn, wer ohne Hunde und Pferde bestehen! Jedoch muß die Rechtsordnung auf der anderen Seite die Veranstalter solcher Gefahren mit der Verpflichtung belasten, für diejenigen Schäden einzustehen, die das Gefolge dieser besonderen Betriebe sind. Daher die Haftung für Betriebsgefahr, die Haftung der Unternehmer der Eisenbahnen . . . Daher gilt nicht der Schuld-, sondern der Gefährdungsstandpunkt, und die Schadensersatzpflicht beruht nicht darauf, daß der Betreibende den Schaden schuldhaft herbeigeführt hat, sondern darauf, daß er überhaupt den Betrieb ausübt . . ." Kohler, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 490.

übergegangen werden darf, vielmehr dasselbe zu entschädigen ist.“[1]) Die Opfer einer derartigen Interessenkollision kann und soll aber nicht derjenige tragen, der die Handlung um des überwiegenden Interesses willen zu dulden von der Gesamtheit gezwungen ist, vielmehr kommt hier „der einer Begründung wohl kaum bedürftige Satz zur Anwendung, daß jeder die Kosten der Geltendmachung seiner Interessen selbst zu bestreiten hat, als Korrelat seines Vorteils, als Risikoprämie seiner Gewinnchance, als Passivum seiner Wirtschaft“.[2])

Der Forderung Merkels, diesen Rechtsgedanken auszuarbeiten, abzugrenzen und als allgemeinen Haftungsgrund in das Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen, hat sich der Gesetzgeber verschlossen; er glaubte dem dringenden Bedürfnis seiner Anerkennung durch Sonderregelung der einzelnen Fälle nachkommen zu können. Auf diese Weise entstanden die bereits in der Entscheidung des Reichsgerichts angeführten Gesetzesbestimmungen, auf demselben Gedanken beruht das Reichshaftpflichtgesetz v. 7. 6. 1871, die Haftung des Tierhalters und Automobilbesitzers, die Haftpflicht der Bergwerksbetriebe und Fabrikbetriebe, das Expropriationsrecht und Notstandsrecht, die §§ 717, 949, 302, 600 ZPO. Aber es ist unleugbar, daß diese Regelung eine durchaus unvollkommene ist. Weite Lücken klaffen, wo der Gesetzgeber mit Sondervorschriften noch nicht eingegriffen hat, und wo eine Haftung nur bei Vorliegen eines Verschuldens mit den Grundsätzen der Billigkeit unvereinbar erscheint. Kein Wunder, wenn auch in neuerer Zeit immer wieder versucht wird, die anerkannten Fälle einer Haftung ohne Verschulden auf ein gemeinsames Prinzip zurückzuführen und die Aufnahme dieses allgemeinen Haftungsprinzips vom Gesetzgeber zu fordern. Schlagwörter wie „erhöhte Gefahr, erhöhte Haftung“, „Gefährdungshaftung“, „Handeln auf eigene Gefahr“ legen beredtes Zeugnis ab von diesem Bestreben der Literatur.[3])

[1]) Rud. Merkel S. 147.

[2]) Rud. Merkel S. 148.

[3]) vgl. Unger, Handeln auf eigene Gefahr; Hedemann, Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrh. Bd. 1; M. Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden; Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung;

Und fast scheint es nun, als will die Rechtsprechung wieder gutmachen, worin der Gesetzgeber in falscher Pietät für das römische Verschuldensprinzip gefehlt hat. Sie versucht, durch Analogieschluß die Lücken der Gesetzgebung im Sinne des „Prinzips des überwiegenden Interesses" auszufüllen, und so diesem neuen Haftungsgrund die allgemeine Geltung zu verschaffen, die ihm der Gesetzgeber versagt hat. Dürfen wir wenigstens in diesem Sinne die erwähnte Reichsgerichtsentscheidung auffassen, so käme ihr eine weit allgemeinere Bedeutung zu als für das begrenzte Gebiet der Haftung der Eisenbahnen nach Reichsrecht. Freilich, inwieweit einer Änderung im Gesetzeswege eine solche Änderung durch Analogieschluß vorzuziehen ist, ja, inwieweit sich eine solche überhaupt wird durchführen lasssen, ist eine andere Frage, die hier zu erörtern, nicht Raum ist. Uns kann es an dieser Stelle genügen, festzustellen, daß die Rechtsprechung eine Haftung der nach Reichsrecht zu beurteilenden Kleinbahnen für Funkenflug durch Analogieschluß im Sinne des „Prinzips des überwiegenden Interesses" anerkannt hat, und es auch nicht zu erwarten ist, daß sie von dieser dem Verschuldensprinzip mühsam abgerungenen Konzession in Zukunft abzulassen gewillt sein wird.

§ 8.

Das Ergebnis, zu dem wir somit gelangt sind, ist folgendes: Nach Reichsrecht haften die Eisenbahnbetriebe für den durch Funkenflug Dritten durch Substanzverletzung zugefügten Schaden auch ohne Nachweis eines Verschuldens. Schadensersatzberechtigt ist jeder, der nach § 823 BGB. bei schuldhafter Verletzung einer Sache Ersatz verlangen kann, der also das „Eigentum oder ein sonstiges Recht" an der verletzten oder zerstörten Sache besaß. Hierhin gehören außer dem Eigentümer besonders alle dinglich Berechtigten, und nach der herrschenden Lehre auch der Besitzer; denn auch der Besitz stellt eine „geschützte Rechts-

---

Müller, Bedeutung des Kausalzusammenhanges S. 71 ff.; v. Palm, Schadensersatzpflicht bei rechtmäßiger Gefährdungshandlung; Koch, Erhöhte Gefahr, erhöhte Haftung im modernen Leben.

position“ dar. Dagegen hat das Reichsgericht mit Recht bei einem Eingriff in ein obligatorisches Recht eine Ersatzhaftung in ständiger Rechtsprechung[1]) verneint, denn der Eingriff eines Dritten kann sich nur gegen den Schuldner, den Gläubiger oder den geschuldeten Gegenstand richten, nicht aber gegen das zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Rechtsverhältnis. Ein Nießbraucher kann daher stets Ersatz fordern, ein Mieter oder Pächter nur dann, wenn er schon den Besitz hat.

Besonderes gilt hier nur für den Hypothekengläubiger.[2]) Nach Art. 51, 53 EG. z. BGB. und § 1128 BGB. erhält er, wenn dem Eigentümer der ihm verpfändeten Sache wegen der im öffentlichen Interesse erfolgenden Entziehung, Beschädigung oder Benutzung der Sache oder wegen Beschränkung des Eigentums eine Entschädigung auf Grund eines Reichsgesetzes gewährt wird, an der Entschädigungssumme dieselben Rechte, die dem Hypothekengläubiger nach § 1128 BGB. an der Versicherungssumme zustehen, mit anderen Worten, die Entschädigungssumme tritt kraft dinglicher Surrogation an die Stelle der zerstörten Sache. Es ist Dickel unbedingt zuzustimmen, wenn er diese Gesetzesvorschrift gerade in unserem Falle angewandt wissen will. Wäre es doch eine engherzige und formalistische Auslegungsweise, würde man zu den in Art. 51 erwähnten Entschädigungen auf Grund eines „Reichsgesetzes“ nicht auch solche auf Grund anerkannter allgemeiner Rechtsgrundsätze rechnen, und da ferner den Grundeigentümern bei Immissionen von Funken aus Lokomotiven einer konzessionierten Kleinbahn der Rechtsschutz, die actio negatoria, im öffentlichen Interesse genommen ist, der Gesetzgeber also gleichsam eine etwaige Beschädigung der Grundstücke im öffentlichen Interesse zuläßt, ist auch die weitere Bedingung des Art. 51, die Beschädigung der Sache im öffentlichen Interesse, gegeben.

---

[1]) vgl. bes. RGE. v. 29. 2. 1904 (Bd. 57 S. 353), ferner v. 1. 12. 1904 (Bd. 59 S. 236), 19. 12. 1904 (Bd. 59 S. 357), 28. 12. 1904 (Bd. 59 S. 327), 27. 4. 1905 (JurW. 1905 S. 367), 4. 4. 1906 (Recht 1906 S. 561), 5. 4. 1906 (Recht 1906 S. 1319).

[2]) Darauf hat Dickel in Zeitschr. f. Forst- u. Jagdw. a. a. O. S. 176 treffend aufmerksam gemacht.

Im übrigen haben wir auf den hier konstruierten Ersatzanspruch gegen die Kleinbahn die allgemeinen reichsrechtlichen Bestimmungen anzuwenden. Zu ersetzen sind daher niemals immaterielle Schäden, nur ein Vermögensschaden, der allerdings auch den entgangenen Gewinn umfaßt, kommt in Betracht. Der Schadensersatzpflichtige hat grundsätzlich den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Nur insoweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht ausreicht, tritt an die Stelle der Naturalrestitution die Entschädigung in Geld. Auch hat bei Beschädigung einer Sache der Gläubiger die facultas alternativa, statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag zu verlangen, und der Schuldner ist berechtigt, den Gläubiger in Geld zu entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist (§§ 249—253 BGB.).

Zum Schluß bedarf nur ein Paragraph des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch einer kurzen Besprechung, denn für seine Anwendbarkeit können sich hier Schwierigkeiten ergeben; es ist die Kulpakompensation des § 254 BGB. Ein „eigenes Verschulden“ kann in unserem Falle nicht nur in Gestalt einer mangelhaften Abwendung oder Minderung des verursachten Brandes auftreten — so wenn beispielsweise die vom Waldbesitzer angestellten Förster oder von ihm beschäftigte Arbeiter es in ihrer Nachlässigkeit schuldhaft unterließen, die Ausbreitung des Feuers zu verhindern —, es kann auch sehr wohl den Brand „mitverursachen“. Man denke nur an den auch praktisch gewordenen Fall,[1]) daß auf einem Grundstück, dessen Eigentümer

[1]) RGE. v. 10. 11. 1890 in Egers Eisenbahnrechtl. Entsch. Bd. 8 S. 170. Mit Recht verneint übrigens das RG. in dieser Entscheidung die Anwendbarkeit des Zusatzgesetzes v. 3. 5. 1869 auf unseren Fall, weil es nach seinem klaren Wortlaut die Vertragsfreiheit nur insoweit einschränkt, als es sich um die Verpflichtung der Eisenbahnen zum Ersatz desjenigen Schadens handelt, „welcher bei der Beförderung auf der Bahn an den auf derselben beförderten Personen oder auch anderen Personen besteht“. Dagegen werden Verträge über die Verpflichtung der Eisenbahnen zum Ersatze des an Sachen entstandenen Schadens von dem Zusatzgesetz von 1869 über-

kontraktlich mit der Eisenbahn die Anlage und Unterhaltung eines Schutzstreifens übernommen, seine Ausführung aber schuldhaft unterlassen hatte, durch Funkenflug ein Waldbrand entsteht. In solchen Fällen muß das Gericht ohne weiteres die Einrede des „eigenen Verschuldens" als begründet anerkennen und hat es auch getan.[1]) Schwierigkeiten ergeben sich nur bei der Durchführung dieser „Kulpakompensation". Alle diejenigen, die trotz des Wortlautes des Paragraphen und trotz der ausdrücklichen Erklärung der Protokolle,[2]) daß als der für die Abgrenzung

---

haupt nicht betroffen. Falsch daher Baltz in Silva S. 304. Gegen ihn auch Dickel in Zeitschr. f. Forst- u. Jagdw. a. a. O. S. 176.

[1]) Inwieweit das Unterlassen des „Wundmachens", d. h. der Zerstörung der wildwachsenden Vegetation in der Nähe des Bahndammes, auch ohne kontraktliche Übernahme als „eigenes Verschulden" des Grundbesitzers anzusehen ist, müßte in jedem Einzelfalle untersucht werden. Grundsätzlich — darin muß man Dickel beistimmen — wird dies Sache des Eisenbahnunternehmers sein. Es kann aber auch eine andere Rechtslage vorliegen. So dürfte die Verpflichtung, Schutzstreifen anzulegen, auf den Grundeigentümer übergehen, wenn dieser der Eisenbahn das Bahngelände von seinem Grundeigentum verkauft oder überlassen hat. Vgl. hierzu bes. das wichtige Reichsgerichtsurteil v. 27. 4. 1892: „Der Käufer, der den Zweck, zu welchem er das Grundstück erwirbt, offen angibt, der die Schwierigkeiten, die sich wegen dieses Zwecks dem Geschäftsabschluß entgegenstellen, sei es durch Bewilligung eines höheren Kaufpreises, sei es auf andere Weise, überwunden hat, darf nun damit rechnen, daß dem Unternehmen, zu dessen Ausführung allein er gekauft hat, von seiten des Verkäufers keine Hindernisse bereitet werden. Der Gebrauch, den er von dem Grundstücke zum Zwecke des beabsichtigten Unternehmens macht, mag von jedem anderen, nur nicht von dem Verkäufer, der gerade zu diesem Zwecke verkauft hat, als ein unzulässiger Eingriff in sein Eigentum angefochten werden". Damit soll aber keineswegs gesagt werden, daß immer ein den Wert übersteigender Preis das entscheidende Merkmal von Verträgen der vorliegenden Art ist; „denn die Preisbestimmung kann außer von der Rücksicht auf die für das Restgrundstück von dem Unternehmen zu erwartenden Nachteile von ganz verschiedenartigen, ausgesprochen oder unausgesprochen mitwirkenden Umständen beeinflußt werden. Man muß vielmehr ohne Rücksicht auf den Preis als Regel annehmen, daß wer einen Teil seines Grundstücks zu einem bestimmten Unternehmen verkauft, sich den Nachteilen unterwirft, die für sein Restgrundstück aus der Anlage und dem Betriebe jenes Unternehmens entstehen (RGE. Bd. 29 S. 268).

[2]) Prot. Bd. 1 S. 300.

der Ersatzpflicht maßgebende Umstand nicht die Schwere des beiderseitigen Verschuldens, sondern das Kausalverhältnis in Betracht zu ziehen sei, auf dem Standpunkt stehen,[1]) daß in der Hauptsache doch das beiderseitige Verschulden der zu berücksichtigende Faktor sei, geraten hier in Verlegenheit. Wie soll das Verschulden kompensiert werden, wenn auf der einen Seite, nämlich auf seiten der Eisenbahn, ein solches gar nicht vorhanden ist, wenn die Haftpflicht ein Verschulden des Schädigers nicht voraussetzt? In solchen Fällen müßte, wie Traeger[2]) sehr richtig betont, der Schädiger grundsätzlich von der Haftpflicht frei werden, falls der Beschädigte auch nur denjenigen Grad von Aufmerksamkeit außer acht ließ, der von jedem vernünftigen, zurechnungsfähigen Menschen nach den Umständen des Falles vorausgesetzt werden mußte, und wenn ohne dieses Verhalten der Schaden nicht entstanden wäre. In unserem Fall bleibt aber noch ein weiteres zu beachten. Es kann nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Gewöhnung an den Verkehr das Gefühl für die aus ihm entspringenden Gefahren abschwächt.[3]) Liegt aber in solchen Fällen eine Fahrlässigkeit des Beschädigten vor, so ist ihr Vorhandensein auch zugleich der besonderen Betriebsgefährlichkeit zuzuschreiben, und der Betriebsunternehmer darf daher in keinem Falle gänzlich von der Haftung für den entstandenen Schaden befreit werden.[4]) In derartigen Fällen hat denn auch das Reichsgericht wiederholt betont, daß der

---

[1]) In der u. E. ganz richtigen Erwägung, daß es praktisch unmöglich ist, Grade des Verursachens zu konstruieren. Welchen Maßstab sollte man da auch anlegen? Eine quantitative Beurteilung der Verursachungen, d. h. die Untersuchung, wer den Schaden seinem größeren Teil nach verursacht hat, kann höchstens bei Teilverursachungen in Betracht kommen, und versagt auch hier meistenteils. Geht man aber mit einer qualitativen Beurteilung vor, so kommt man zu dem Ergebnis, daß, um die Größe der Verursachung festzustellen, von der Größe des Verschuldens ausgegangen werden muß. Die Größe der Ursache ist abhängig von der Größe des Verschuldens. So vor allem v. Leyden S. 52; Gottschalk S. 99; Traeger S. 348; Rosenthal S. 71; Titze S. 135 Anm. 18.

[2]) a. a. O. S. 360.

[3]) RGE. Bd. 53 S. 400.

[4]) Traeger a. a. O. S. 359.

Richter abzuwägen habe, in welchem Maße das Verschulden des Verletzten einerseits und die von dem Unternehmer zu vertretende Betriebsgefahr anderseits die Ursache des Schadens gewesen sei, mit anderen Worten, an die Stelle der Kulpakompensation tritt die Kompensation von Betriebsgefahr mit dem Verschulden des Verletzten.[1])

Aber gerade in den hier in Betracht kommenden Fällen wird es nur selten das Verschulden des Beschädigten selbst sein, das zur Kompensation in Betracht kommt. Weitaus in der Mehrzahl der Fälle dürfte es sich vielmehr um eine Nachlässigkeit der Leute des geschädigten Grundeigentümers, seiner Förster oder angestellten Arbeiter handeln, die den entstandenen Schaden vergrößerte oder „mitverursachte". Dem trägt der letzte Satz des § 254 Rechnung, indem er „§ 278 BGB. für entsprechend anwendbar" erklärt.

Freilich, die Tragweite dieser Verweisung auf § 278 ist vielen zweifelhaft erschienen. Aus der Tatsache, daß die Bestimmung des § 278 sich nur auf ein Verschulden bezieht, das die Leute des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit trifft, hat eine restriktiv auslegende Theorie gefolgert, daß bei Schadensersatzansprüchen, denen der Einwand des „eigenen Verschuldens" entgegengehalten wird, die Vorschrift des § 278 nur dann zur Anwendung kommt, wenn zwischen dem Schädiger und Beschädigten ein Vertrags- oder sonstiges Schuldverhältnis besteht. Zwar soweit es sich um § 254 Abs. 2 handle, könnten solche Verbindlichkeiten gegenüber der Person des Schädigers stets angenommen werden, denn hier sei durch die unerlaubte Handlung ein Schuldverhältnis zwar noch nicht entstanden, aber doch in Entstehung begriffen, und aus diesem Zustande ergäben sich nach Treu und Glauben gewisse „Diligenzpflichten" gegenüber dem anderen Teil. Für den Abs. 1 des § 254 entfalle dies aber. So besonders das Reichsgericht, wenn auch in durchaus schwankender Rechtsprechung.[2])

---

[1]) RGE. Bd. 56 S. 154.

[2]) vgl. in dieser Beziehung die RGE. Bd. 62 S. 106 u. 346.

Aber dieser Standpunkt des Reichsgerichts, der auch in der Praxis die unbilligsten Ergebnisse zeitigt, ist völlig irrig. Mit Recht wird von der überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller darauf aufmerksam gemacht, daß der Gesetzgeber nur eine entsprechende Anwendung des § 278 fordere. Dem wird man aber nicht gerecht, wenn man, wie die gegnerische Ansicht es tut, den § 278 seiner eigentümlichen Bedeutung nach anwendet. „Entsprechend anwenden heißt, eine Gedankenoperation vornehmen, die auf einen Tatbestand die Grundsätze eines anderen nicht wörtlich, sondern analog zur Anwendung bringt" (Schröder a. a. O. S. 307). Der § 278 ist also für den Fall des § 254 sinngemäß heranzuziehen, d. h. man wird unter den Worten „in Erfüllung seiner Verbindlichkeit" entsprechend ein ordnungsmäßiges Verhalten zu verstehen haben, nämlich „die Anwendung einer dem Normalmenschen obliegenden Sorgfalt auf seine Person und sein Vermögen". Der Ersatzberechtigte ist mithin wie für persönliches Verschulden, so auch für das Verschulden derjenigen Personen verantwortlich, deren er sich in der hier fraglichen Beziehung zur Wahrnehmung seiner Angelegenheiten bedient.[1])

So viel über die Haftung der Eisenbahnen für durch Funkenflug entstandenen Sachschaden nach Reichsrecht.

Der Funkenflug ist bei dem Betriebe einer Vollbahn entstanden.

§ 9.

Wir kommen nun zu dem zweiten Abschnitt des ersten Teils unserer Arbeit, der Haftung des preußischen Eisenbahnfiskus für einen Waldbrand, der durch Funkenflug einer Vollbahn entstanden ist, d. h. einer Bahn, die dem öffentlichen Verkehr ohne örtliche Begrenzung gewidmet ist.

---

[1]) So vor allem v. Leyden S. 80; Gottschalk S. 120; Planck, Staudinger, Oertmann zu § 254; Schröder S. 307; Grünebaum S. 102; Cosack S. 387; Hinze S. 233; Rosenthal S. 63; Przibilla S. 180.

Es ist bereits erörtert worden, daß bei der Beurteilung des Ersatzanspruchs gegen Vollbahnen auch Landesrecht in Betracht zu ziehen ist. Landesrecht tritt insoweit an die Stelle der soeben besprochenen reichsrechtlichen Regelung, als der Eisenbahnherr nach seinen Vorschriften für einen aus dem Betriebe entstandenen Schaden im weiteren Umfang verantwortlich ist als nach den Bestimmungen des Reichsrechts (Art. 105 EG. z. BGB.). Es wird also hier einer vergleichenden Besprechung der diesbezüglichen landesrechtlichen Gesetzesbestimmungen bedürfen, um beurteilen zu können, inwieweit die Haftung der Vollbahnen von der der Kleinbahnen abweicht.

Der allein hier in Betracht kommende § 25 preuß. EisenbG. v. 3. 11. 1838 lautet: „Die Gesellschaft ist zum Ersatz verpflichtet für allen Schaden, welcher bei der Beförderung auf der Bahn an den auf derselben beförderten Personen und Gütern oder auch an anderen Personen und deren Sachen entsteht, und sie kann sich von dieser Verpflichtung nur durch den Beweis befreien, daß der Schaden entweder durch die eigene Schuld des Beschädigten oder durch einen unabwendbaren äußeren Zufall bewirkt worden ist. Die gefährliche Natur der Unternehmung selbst ist als ein solcher von dem Schadensersatz befreiender Zufall nicht zu betrachten".

Während die Bestimmungen dieses Paragraphen über die Ersatzpflicht wegen Verletzung von Personen und Beschädigung von beförderten Gütern durch das Reichshaftpflichtgesetz v. 7. 6. 1871 und die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs aufgehoben sind, ist ihm, soweit er sich über die Haftung für Beschädigung von nicht beförderten Sachen ausläßt, im Rahmen von Art. 105 EG. z. BGB. der Fortbestand gewährt.

Dabei muß es bei seiner Anwendung als völlig gleichgültig erscheinen, ob eine Eisenbahngesellschaft oder etwa der Staat der beklagte Eisenbahnunternehmer ist. Treffend schreibt das Reichsgericht in seiner Entscheidung v. 31. 1. 1889[1]): „Der Umstand, daß zur Zeit der Emanation des Gesetzes v. 3. 11. 1838 nur solche Eisenbahnen bestanden, welche von Aktiengesellschaften

[1]) RGE. Bd. 23 S. 223.

unternommen waren, ist in dem angefochtenen Urteil zutreffend gewürdigt. Er erklärt es, daß in § 25 als ersatzpflichtig ‚die Gesellschaft' bezeichnet ist, aber er läßt angesichts der Überschrift und der Einleitungsworte des Gesetzes nicht die Folgerung zu, daß die auf das Verhältnis des Eisenbahnunternehmens zum Publikum bezüglichen Vorschriften, insbesondere § 25, nur für Aktiengesellschaften und nicht auch für andere, welche etwa künftig Eisenbahnen unternehmen würden — offene Handelsgesellschaften, Kommunen, Korporationen, Einzelpersonen —, anwendbar ist". Diesen Ausführungen könnte u. E. nur dann nicht beigestimmt werden, wenn man etwa behaupten wollte, in der Hand des Staates könnte der Betrieb einer Eisenbahngesellschaft nicht mehr als Gewerbebetrieb angesehen werden, sondern nur als Ausfluß eines Staatshoheitsrechtes. Dies ist aber unmöglich. „Zielen auch die Staatseisenbahnen in erster Linie nicht auf pekuniären Gewinn, sondern auf Förderungen des allgemeinen Wohls ab, so muß doch der Eisenbahnbetrieb des Staates nicht als ein in das Gebiet der Verwaltung fallender Staatshoheitsakt, sondern als ein Gewerbebetrieb erscheinen. Bei diesem Gewerbebetrieb aber ist der Staat in gleicher Weise verantwortlich wie jeder Privatunternehmer." [1])

Insoweit läßt sich also ein Abweichen von den reichsrechtlichen Grundsätzen der Eisenbahnhaftpflicht nicht feststellen. Wohl aber tritt eine solche an zwei anderen Punkten deutlich hervor.

§ 10.

Der Wortlaut des § 25 preuß. EisenbG. erklärt die Eisenbahn für ersatzpflichtig für die im Betriebe erfolgten Verletzungen von Personen und deren Sachen. Hier erhebt sich die Frage, was mit diesem „deren" gesagt sein soll. „Das ‚deren' deutet nur an, daß zwischen der beschädigten Sache und der Person, die den Schadensersatz begehrt, eine rechtliche Beziehung bestehen muß, damit der Schaden in der Person des Ersatzfordernden entstanden angesehen werden kann. Wer an einer Sache keinerlei

[1]) RGE. Bd. 23 S. 223.

Rechte besitzt, wird auch durch die Beschädigung oder den Untergang der Sache nicht benachteiligt.“ So Höpker a. a. O.; ja nicht nur den dinglich Berechtigten, auch den obligatorisch Berechtigten will er nach § 25 einen Ersatzanspruch zuerkennen.

Eine solche Auffassung des § 25 ist u. E. irrig. Was zunächst die Ausdehnung der Schadensersatzpflicht sogar auf obligatorisch Berechtigte anbelangt, so würde sie den Rechtsanschauungen unseres geltenden Rechts widersprechen. Gibt doch der Gesetzgeber, wie wir bereits oben sahen, selbst bei einer schuldhaften Verletzung eines obligatorischen Rechts durch einen Dritten keinen Schadensersatzanspruch aus § 823 BGB. Die obligatorischen Rechte fallen, wenigstens nach der vom Reichsgericht u. E. mit Recht vertretenen Anschauung, nicht unter die dort erwähnten „sonstigen Rechte“.

Aber auch die Anschauung, daß alle dinglich Berechtigten zu den Ersatzberechtigten des § 25 gehören, ist u. E. nicht haltbar. Völlig treffend schreibt Dickel,[1]) daß nur das Eigentum das nach § 25 geschützte Recht ist. Eine andere Deutung würde dem klaren Wortlaut des Gesetzes und dem natürlichen Sprachgebrauch zuwiderlaufen. „Denn nur vom Eigentümer einer Sache sagt man, daß sie seine Sache sei.“[2]) In diesem Sinne hat denn auch die Rechtsprechung von jeher den § 25 aufgefaßt. Dies beweist die Entscheidung des Reichsgerichts am 9. 1. 1902,[3]) wo folgendes in Frage stand: Die Züge einer Eisenbahn, welche den 8000 Morgen großen Hirschpark des Fürsten Henckel v. Donnersmarck durchschnitt, hatten wiederholt des Nachts das den Bahndamm betretende Wild, das, durch die Scheinwerfer der Lokomotiven geblendet, stehen geblieben war, überfahren. Der Fürst klagte auf Grund des § 25 preuß. EisenbG. gegen den Eisenbahnfiskus auf Schadensersatz. Das Oberlandesgericht Breslau ging von dem Satze aus, daß dem Kläger ein auf die erwähnte Gesetzesbestimmung gestützter Ersatzanspruch nur dann zustehe, wenn die getöteten Stücke Wild nicht bloß dem

[1]) Zeitschr. f. Forst- u. Jagdw. a. a. O. S. 177.
[2]) Zeitschr. f. Forst- u. Jagdw. a. a. O. S. 177.
[3]) Schultz, Jahrb. Bd. 1 S. 53ff.

Jagdrecht des Klägers vorbehalten gewesen wären, sondern in dessen Eigentum gestanden hätten. Diese Bedingung der Anwendbarkeit des § 25 sah es im konkreten Fall als gegeben an, weil das im Park eingeschlossene Wild vollständig am Austritt gehindert und damit seiner natürlichen Freiheit beraubt gewesen war. Das Reichsgericht billigte diese Anschauung und damit indirekt auch die Auslegung des § 25 preuß. EisenbG. durch den Vorderrichter. U. E. kann ihre Richtigkeit auch nicht in Frage gezogen werden.

Damit erkennen wir aber eine wesentliche Verschiedenheit der Haftpflicht der Eisenbahnen nach Reichsrecht und nach § 25 Preuß. EisenbG. an. Hier kommt sie nur dem Eigentümer gegenüber in Frage, dort auch für alle anderen dinglich Berechtigten. Die Haftpflicht des Eisenbahnherrn nach Landesrecht geht somit in dieser Richtung nicht nur nicht über seine Haftpflicht nach Reichsrecht hinaus, sondern bleibt sogar ganz erheblich hinter ihr zurück. Damit ist aber die Voraussetzung ihrer „Unberührtheit“ nach Art. 105 EG. z. BGB. gefallen, und § 25 preuß. EisenbG. ist nach der oben besprochenen Richtung hin gemäß Art. 55 EG. z. BGB.[1]) durch das Reichsgericht aufgehoben.

§ 11.

Der zweite Unterschied, der sich bei einer Vergleichung der reichsrechtlichen Regelung mit § 25 preuß. EisenbG. zu ergeben scheint, liegt in der Behandlung des „eigenen Verschuldens“ des Beschädigten.

Man nehme den schon oben erwähnten Fall, daß ein vom Waldbesitzer angestellter Förster oder von ihm beschäftigte Arbeiter es schuldhaft unterließen, einen entstandenen Waldbrand an der Ausbreitung zu verhindern. Daß, wenn es sich um eine Kleinbahn handelt und die Frage mithin nach Reichsrecht zu behandeln ist, hier die Einrede des „eigenen Verschuldens“

[1]) „Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten außer Kraft, soweit nicht in dem BGB. oder in diesem Gesetze ein anderes bestimmt ist.“

durchgreifen würde, kann nach der von der herrschenden Lehre dem § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB. zuteil gewordenen Auslegung nicht zweifelhaft sein.[1]) Anders scheint es sich aber bei der Regelung des § 25 preuß. EisenbG. zu verhalten. Auch hier wird zwar dem Eisenbahnherrn eine Einrede gegeben, wenn den Geschädigten ein „eigenes Verschulden" trifft, von dem Einfluß eines mitwirkenden Verschuldens der Leute des Beschädigten ist jedoch nichts erwähnt.

Ein weiterer Unterschied zwischen § 25 und § 254 in dieser Beziehung wird noch unten besprochen werden.

Auch hier ist zu fragen: Würde der Eisenbahnherr bei Anwendung der in § 25 gegebenen Regelung des "eigenen Verschuldens" in strengerem Maße haften als nach § 254 BGB.? Bejaht man die Frage, so ist gemäß Art. 105 EG. z. BGB. in unserem Falle grundsätzlich die weitergehende landesrechtliche Gesetzesbestimmung zur Anwendung zu bringen.

Die Literatur und in Übereinstimmung mit ihr das Reichsgericht hat in ähnlichen Fällen stets die landesrechtliche Bestimmung angewandt. In ihrem Sinne ist es, wenn Lissauer[2]) behauptet, die Anwendung des § 254 BGB. auf unseren Fall würde gegen Art. 105 EG. z. BGB. verstoßen. Denn § 25 bestimme die in Art. 105 geforderte weitere Haftung nicht nur insofern als er die Haftung ohne Nachweis eines Verschuldens eintreten lasse, sondern auch darin, daß er zum Ausschluß der Haftung lediglich das persönliche Verschulden berücksichtigt, nicht auch das seiner Leute.

Ebenso das Reichsgericht. Es geht gleichfalls davon aus, daß der Wortlaut des § 25 nur das Verschulden des Beschädigten selbst erwähnt, ein Verschulden seiner Leute daher einflußlos sein soll; mit besonderem Nachdruck aber verwahrt es sich gegen eine etwaige „Ergänzung" des § 25 preuß. EisenbG. durch § 254 BGB.

Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, so führt es im 63. Bande seiner Entscheidungen aus,[3]) könnten nur dann

[1]) vgl. S. 26—27 der Arbeit.

[2]) a. a. O. S. 763.

[3]) RGE. Bd. 63 S. 270.

bei § 25 angewandt werden, wenn feststände, daß der Gesetzgeber bei Erlaß des Gesetzes von 1838 — also zu einer Zeit, in der in den verschiedenen Gebieten Preußens allgem. Landrecht, gemeines und rheinisches Recht galt — davon ausgegangen wäre, das Eisenbahngesetz solle die Materie nur in Verbindung mit den allgemeinen Bestimmungen der übrigen Landesgesetze regeln, daher in den verschiedenen Rechtsgebieten der Monarchie in seinen Einzelheiten verschieden wirken. Aber sichtlich das Gegenteil ist der Fall gewesen. Der Gesetzgeber wollte mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebes einheitliches Recht für Preußen schaffen. Er wollte ein Recht geben, das von Ort und Rechtsgebiet unabhängig sein sollte. Seine Anwendung sollte als lex specialis für die ganze Monarchie eine einheitliche sein, mit anderen Worten, das Gesetz konnte und sollte nur aus sich selbst heraus ausgelegt werden. Für die Annahme aber, daß an diesem Zustande durch die Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs irgend etwas geändert worden sei, ist kein Grund ersichtlich. In Urteilen v. 22. 4. 1897, 25. 11. 1901, 3. 3. 1906, 7. 1. 1907 hat das Reichsgericht diesen Gedanken immer wieder ausgesprochen, und nur die Entscheidung v. 24. 10. 1907[1]) scheint für die Beibehaltung dieses Standpunktes Bedenken zu hegen, Bedenken, die das Reichsgericht aber scheinbar nicht haben abhalten können, daß es in späteren Fällen wieder im früheren Sinne entschied.[2])

Unser höchster Gerichtshof kommt also zu dem Schluß, daß in Fällen wie der unsrige der Eisenbahnfiskus trotz der unleugbar vorhandenen Mitschuld der Leute des Beschädigten den vollen Schaden zu tragen hat. Ein wenig befriedigendes Ergebnis, das durch den sachlich in nichts begründeten Gegensatz zu dem bei der Kleinbahn nach den reichsrechtlichen Vorschriften gewonnenen noch um so seltsamer erscheint. Es führt vor allem zu der Konsequenz, daß ein allgemeiner reichsrechtlicher Grundsatz für eine bezügliche landesrechtliche Bestimmung, für die er sogar von grundlegender Bedeutung ist, nicht anerkannt wird,

---

[1]) RGE. Bd. 66 S. 402.

[2]) z. B. am 15. 3. 1909 in JurW. 1909 S. 271.

im Ergebnis also im Landes- und Reichsgebiet trotz der Absicht möglichst einheitlicher Rechtsgestaltung mit zweierlei Maß gemessen und die fortgeschrittene Rechtsanschauung ausgeschlossen wird.[1]) Ihm ist u. E. aber auch in formeller Hinsicht nicht beizustimmen.

Allerdings wird sich gegen die vom Reichsgericht aufgestellte Behauptung, das Eisenbahngesetz von 1838 sei vom Gesetzgeber als ein einheitliches Gesetz geschaffen worden und könne daher nur aus sich selbst heraus ausgelegt werden, im Prinzip kaum etwas einwenden lassen.[2]) Auch kommt man u. E. mit der Erwägung, daß ja der Beweggrund des Gesetzgebers, weshalb er das Gesetz aus sich selbst heraus ausgelegt haben wollte, nämlich die damalige Geltung dreierlei verschiedenen Rechts in Preußen, jetzt fortgefallen sei und ein einheitliches Recht in der ganzen Monarchie gelte, nicht weiter, denn es ist in keiner Weise einzusehen, weshalb dieses neue Recht nun auch auf Gesetze, die nur aus sich selbst ausgelegt werden dürfen, angewandt werden soll. „Cessante ratione non cessat lex ipsa"; auf diesen Rechtsgrundsatz weist Dickel mit Recht hin.[3]) U. E. liegt der Fehler der vom Reichsgericht vertretenen Ansicht an einem anderen Punkte.

Das Reichsgericht und mit ihm die herrschende Lehre fehlt bei Anwendung des § 25 preuß. EisenbG. in der Auslegung des Ausdruckes „eigenes Verschulden". Es indentifiziert ganz ungerechtfertigterweise „eigenes Verschulden" mit „persönlichem Verschulden". Daß beide Begriffe etwas weit Verschiedenes sind, daß es „eigenes Verschulden" gibt, das nicht ein persönliches ist, sollte nicht zweifelhaft sein. Haben wir doch dafür ein hervorragendes Beispiel in § 254 BGB. Hier hebt der Gesetzgeber im zweiten Abschnitte des Paragraphen, indem er § 278

---

[1]) So Weber a. a. O. S. 92.

[2]) And. A. offenbar Oesterlen a. a. O. S. 368, der meint, daß durch § 254 BGB. die Härten des § 25 preuß. EisenbG. für die Zukunft beseitigt seien; freilich ohne jede Begründung. Ebenso ergänzt OLG. Breslau in seinem Erkenntnis v. 27. 9. 1904 (Arch. f. Eisenbahnw. 1905 S. 469) § 25 preuß. EisenbG. durch § 254 BGB., ebenfalls ohne seine abweichende Ansicht zu begründen.

[3]) Zeitschr. f. Forst- u. Jagdw. a. a. O. S. 178.

BGB. für entsprechend anwendbar erklärt, das Verschulden der Leute des Beschädigten als ein typisches Beispiel[1]) dieses „eigenen Verschuldens“ noch besonders hervor, hier erkennt er an, daß auch ein nicht persönliches Verschulden ein „eigenes Verschulden“ sein kann. „Eigenes Verschulden“ des Beschädigten bedeutet denn in der Tat auch nichts anderes als ein Verschulden, das der Beschädigte nach Treu und Glauben sich anrechnen lassen muß, m. a. W., was unter das „eigene Verschulden“ im einzelnen zu rechnen ist, entscheidet Treu und Glauben mit Rücksicht auf den Verkehr, „eigenes Verschulden“ ist ein Verkehrsbegriff.[2]) Nun mag zugegeben werden, daß ursprünglich, als die Rechtsanschauung noch nicht eine derartig ausgebildete war wie heute, unter „eigenem Verschulden“ nur das persönliche verstanden wurde, es mag richtig sein, daß dies auch noch zur Zeit der

[1]) Daß § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB. nichts weiter als einige typische Beispiele des im 1. Abschnitte behandelten „eigenen Verschuldens“ gibt, wird von der Mehrzahl der Schriftsteller anerkannt. Dehnt man diese Auslegung auch auf den zweiten Satz dieses Abschnittes aus, was nach dem ganzen Aufbau des Paragraphen das Nächstliegende zu sein scheint, so entfällt von selbst der noch immer tobende Streit, ob § 278 auch für die Fälle des 1. Abschnittes von § 254 „entsprechend anzuwenden“ ist. Gegen die Anwendung auch im 1. Abschnitte besonders das RG. (Bd. 55 S. 329, Bd. 62 S. 349): sowie die Rechtsprechung der OLG. (erst kürzlich wieder OLG. Dresden in DJZ. 1912 S. 463). Für die Anwendung im 1. Abschnitt die überwiegende Literatur: Planck, Staudinger zu § 254; v. Leyden S. 80; Schröder S. 302; Gottschalk S. 119; Przibilla S. 183; Hinze S. 231; Grünebaum S. 97; Kohler im Arch. a. a. O. S. 356: „Die einfachste Regel der Analogie gebietet die Heranziehung auch zum ersten Fall, und daß die Ausdrucksweise des Gesetzes eine ungeschickte ist, das ist doch durchaus nicht beispiellos. Man sollte doch unter einem ungeschickten Ausdruck nicht das Recht leiden lassen“.

[2]) Wie sehr auch nach Ansicht des Gesetzgebers der Einfluß des „eigenen Verschuldens“ von Verkehr und Sitte, von Treu und Glauben abhängen soll, zeigt besonders ein Blick auf seine Behandlung in § 254 BGB.; die dort angeordnete richterliche Abwägungspflicht ist durchaus auf Treu und Glauben aufgebaut. Sind doch neben der Größe des beiderseitigen Verschuldens auch alle anderen „Umstände“ zu berücksichtigen. Die Jugend des Schädigers und Beschädigten, ihre Vermögensverhältnisse, kurz alles, was dem Richter für die Sachlage nach Treu und Glauben beachtenswert erscheint, ist von ihm in Erwägung zu ziehen.

Schaffung des preuß. Eisenbahngesetzes im Jahre 1838 der Fall war. Alles dies aber ist völlig irrelevant. Die Anschauungen haben sich geändert, und mit ihm der nach diesen Anschauungen auszulegende Verkehrsbegriff „eigenes Verschulden“. Was noch vor Jahrzehnten als „eigenes Verschulden“ abgelehnt wurde, kann heute sehr wohl vom Verkehr als solches empfunden werden.

Wenn daher § 25 preuß. EisenbG. sagt, daß das „eigene Verschulden“ des Beschädigten die Gesellschaft von der Haftpflicht befreit, so ist bei heutiger Anwendung dieses Paragraphen zu fragen, was man heute unter „eigenem Verschulden“ versteht. Was aber unserem heutigen Rechtsgefühl als solches erscheint, diese Erkenntnis zu ermitteln, ist eine nicht zu unterschätzende Wirkung des § 254 Abs. 2 BGB. Hier erklärt der Gesetzgeber in unzweideutiger Weise, indem er § 278 für entsprechend anwendbar erklärt, daß es dem rechtlichen Empfinden des heutigen Verkehrs entspricht, nicht nur das persönliche Verschulden des Beschädigten, sondern auch das seiner Leute als „eigenes Verschulden“ anzusehen. Nicht angewandt werden soll daher hier § 254 BGB. auf den Fall des § 25 preuß. EisenbG., er soll nur als wichtiges Beweis- und Interpretationsmittel dafür herangezogen werden, was heute von allen als „eigenes Verschulden“ angesehen wird. Dem können und dürfen wir uns aber auch bei der Anwendung von § 25 preuß. EisenbG. nicht verschließen, besonders da hier dieses „eigene Verschulden“ in keiner Weise näher definiert wird, sondern seine Deutung dem jeweiligen, durch die Rechtsprechung zu berücksichtigenden Rechtsbewußtsein überlassen bleibt. So muß u. E. bei heutiger Anwendung des § 25 auch das Verschulden der Leute des Beschädigten unbedingt als „eigenes Verschulden“ angesehen werden, trotzdem vielleicht bei Erlaß des Gesetzes noch niemand an eine derartige Auslegung gedacht hat.

Folgt man aber dieser Anschauung, so entfällt der von der Literatur und vom Reichsgericht stets so sehr hervorgehobene eine Unterschied zwischen dem mitwirkenden Verschulden des § 25 preuß. EisenbG. und § 254 BGB., und es bleibt als einzige Abweichung zwischen beiden nur noch die Tatsache, daß die dem § 254 BGB. eigentümliche richterliche Abwägungspflicht

des beiderseitigen Verschuldens dem § 25 preuß. EisenbG. fremd ist. Da kommen wir aber zu dem überraschenden Ergebnis, daß bei einer Heranziehung des § 254 BGB. die Eisenbahn in vielen Fällen in weit strengerem Maße haften würde als bei Anwendung der betreffenden Vorschrift des § 25 preuß. EisenbG. Entfällt doch bei Anwendung des § 25 schon bei dem geringsten Verschulden des Beschädigten oder seiner Leute die Haftpflicht der Eisenbahn, während es im Falle des § 254 BGB. dem Richter vollkommen freistehen würde, die Eisenbahn in solchen Fällen nur zu einem kleinen Teil von ihrer Haftpflicht zu befreien.

Wir sehen mithin: Auch in diesem Punkte geht die landesrechtliche Regelung der Eisenbahnhaftpflicht in keiner Weise über die reichsrechtlichen Vorschriften hinaus; im Gegenteil, sie wird auch hier in einer nicht geringen Anzahl von Fällen der reichsrechtlichen nachstehen. Für eine Aufrechterhaltung des § 25 preuß. EisenbG. im Rahmen von Art. 105 EG. z. BGB. ist also auch nach dieser Richtung hin kein Raum.

§ 12.

Das Ergebnis, zu dem wir somit gekommen sind, ist ein überraschendes. Bedeutet es doch nichts anderes, als daß § 25 preuß. EisenbG. für das geltende Recht jede Bedeutung verloren hat. Denn in keinem Punkte genügen die Vorschriften dieses Paragraphen den Anforderungen des Art. 105 EG. z. BGB., in keinem Punkte gehen sie über die reichsrechtlichen Grundsätze hinaus.

Das Ergebnis ist aber auch zugleich ein äußerst befriedigendes: Kleinbahnen und Vollbahnen haften auf gleicher rechtlicher Grundlage, für beide finden allein die Vorschriften des Reichsrechts Anwendung. Eine verschiedene Haftungsgrundlage, insbesondere eine strengere Haftung der Vollbahnen, hätte sich auch mit den Grundsätzen der Billigkeit in keiner Weise vereinbaren lassen; ist doch der Funkenflug aus den Lokomotiven der Kleinbahnen genau so gefährlich wie der aus Vollbahnlokomotiven, ja sogar wegen des meist weniger guten Maschinenmaterials noch gefährlicher.

Das Ergebnis enthebt uns schließlich — und auch dies ist nicht zu unterschätzen — einer Forderung an den Gesetzgeber. Die Ansicht des Abg. Reichardt-Magdeburg,[1]) der diese Materie beim Justizetat 1901 im Abgeordnetenhaus zur Sprache brachte und der Meinung war, man könne zu einem befriedigenden Ergebnis nur durch schleunige Ausdehnung des § 25 preuß. EisenbG. durch Spezialgesetz auf Klein- und Privatanschlußbahnen kommen, entbehrt nach dem hier vertretenen Standpunkt ebenso der Berechtigung, wie die — von seinem Standpunkt aus natürlich durchaus folgerichtige — Forderung Dickels[2]) auf Aufhebung des § 25 preuß. EisenbG. Wir sind vielmehr in der angenehmen Lage, behaupten zu dürfen, daß bei entsprechender Auslegung der Gesetze der gegenwärtige Rechtszustand ein durchaus angemessener und befriedigender ist.

Haftung für die durch den Waldbrand hervorgerufenen Schädigungen der Jagd.

§ 13.

Im vorigen Teil unserer Arbeit haben wir darzustellen versucht, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Eisenbahnherr für Sachschaden durch Funkenflug aufzukommen hat und welche Personen als Ersatzberechtigte in Frage kommen können. Es bedarf nur einer Anwendung dieser allgemeinen Grundsätze, um auch in dem hier speziell zu besprechenden Fall: Schädigungen der Jagd infolge eines durch Funkenflug entstandenen Waldbrandes, zu einem entsprechenden Resultat zu kommen.

Dabei wird sich hier eine Teilung, je nachdem es sich um Kleinbahnen oder Vollbahnen handelt, erübrigen; denn wir haben gesehen, daß die durch die Nichtanwendung des preuß. Eisenbahngesetzes von 1838 auf Kleinbahnen hervorgerufene Verschiedenheit der rechtlichen Behandlungsweisen für die Haftung dieser Bahnen insofern fortfällt, als auch dieses Gesetz

[1]) vgl. den Artikel Fleischauers in DJZ. 1912 S. 42/43.
[2]) Zeitschr. f. Forst- u. Jagdw. a. a. O. am Ende.

keine dem Art. 105 EG. z. BGB. genügenden Vorschriften enthält, die für Vollbahnen in dieser Hinsicht in Betracht kommen könnten. Es ist vielmehr sowohl die Haftung der Kleinbahnen als auch die der Vollbahnen nach den S. 21 ff. besprochenen reichsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen. Diese aber besagen, daß alle nach § 823 BGB. Schadensersatzberechtigten in unserem Falle auch ohne Vorliegen eines Verschuldens einen Ersatzanspruch gegen den Eisenbahnfiskus geltend machen können, sofern ihnen nur die Anstellung der ihnen zum Schutz ihres Rechts gegebenen Klage versagt war.

Verbrennt nun Wild in einem durch Funkenflug entzündeten Wald, und wird der übrige Wildbestand durch das Wüten des Feuers für nicht absehbare Zeit aus dem Revier vertrieben, erleidet also der Jagdherr durch diesen Waldbrand erhebliche wirtschaftliche Schädigungen seiner Jagd, so hat man zu unterscheiden: Handelt es sich um Wild in einem „Tiergarten“ im Sinne des § 960 BGB. oder kommt Wild in freier Wildbahn in Frage.

Es handelt sich um Wild in einem „Tiergarten“.

§ 14.

Ist Wild in einem „Tiergarten“ verbrannt, standen also die verbrannten Tiere nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 960 BGB.: „Wilde Tiere in Tiergärten sind nicht herrenlos“ bereits im Eigentum des Jagdberechtigten, so kann die Rechtslage desselben nicht zweifelhaft sein. Wie der Grundeigentümer im ersten Abschnitt unserer Arbeit bei Beschädigung seines Grundstücks durch den infolge Funkenflugs entstandenen Waldbrand Ersatz fordern konnte, weil ihm die Anstellung der actio negatoria gegenüber der konzessionierten Bahn versagt war, so kann hier der Jagdberechtigte als Eigentümer des Wildes, der sich aus demselben Grunde gegen die Immission der Funken nicht schützen konnte, vollen Ersatz für die verbrannten Tiere vom preußischen Eisenbahnfiskus verlangen.

Eine bestrittene und gerade in der letzten Zeit in der Literatur vielbesprochene Frage aber ist es, wann man berechtigt

ist, von Wild in einem „Tiergarten“ zu reden, wann und unter welchen Voraussetzungen ein „Tiergarten“ im Sinne von § 960 BGB. vorliegt. Vor allem: Fallen unter diesen Begriff „Tiergarten“ auch größere Jagdgehege, etwa von der Größe der Göhrde (5597 ha) oder des Sauparks Springe in Hannover, oder setzt der Umfang des eingehegten Gebietes dem Begriffe des „Tiergartens“ in § 960 BGB. Schranken?

Die Behauptung, daß dem Grundeigentümer auch bei den größten Jagdgehegen, sofern eben nur die darin befindlichen jagdbaren Tiere am Entweichen entsprechend verhindert sind, Eigentum an dem gefangen gehaltenen Wild zugesprochen werden muß, ist früher fast einstimmig von der Literatur und Rechtsprechung verworfen worden, und noch heute verhält sich die herrschende Meinung diesem Standpunkt gegenüber ablehnend.[1])

Die herrschende Meinung stützt sich auf eine Äußerung in der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch,[2]) die dahin ging, daß von den Tiergärten wohl zu unterscheiden seien „eingehegte Reviere“; das in solchen gehaltene jagdbare Wild gelte, wenigstens in großen Teilen Deutschlands, als herrenlos, die rechtswidrige Zueignung werde als Jagdvergehen, nicht als Diebstahl bestraft.[3]) Wie gewagt es nun ist, einer solchen gelegentlichen Äußerung grundlegende Bedeutung beizulegen, geht schon daraus hervor, daß in striktem Gegensatz dazu die Motive einen solchen Unterschied zu verwerfen scheinen. Sie betonen, daß durch § 960 BGB. einem Mißverständnis vorgebeugt werden solle, welches das Gefangen-

---

[1]) Bauer S. 12; Biermann S. 170; Dalcke S. 13; Danckelmann-Engelhardt § 2 Anm. 18; Dernburg S. 380 Anm. 3; Ebner S. 54; Kretzschmar S. 241 zu § 960; Kuhlenbeck zu § 960; Windscheid-Kipp S. 948; Maenner S. 213 Anm. 104; Matthiaß § 25; Meisner Bd. 3 zu § 960; Planck, Staudinger zu § 960; Stelling S. 182/83; Uhde S. 131 Anm. 21; Vieth, Diss.

[2]) Prot. Bd. 3 S. 254.

[3]) Würde die Ansicht Wirschingers a. a. O. S. 42 zutreffen, daß als „eingehegte Reviere“ in den Protokollen wohl Räume zu verstehen seien, die zwar umfriedigt, aber nicht zur völligen Verhinderung eines Entweichens des dort weilenden Wildes geeignet sind, so wäre die Streitfrage rasch in unserem Sinne gelöst. Dem ist aber wohl nicht so.

halten zu eng auffaßt. „Das Gefängnis kann ein engeres oder ein weiteres sein.“ [1]) Was soll aber überhaupt die Heranziehung von Kommissionsäußerungen und Motiven? Geht doch u. E. aus dem Gesetz selbst zur Genüge hervor, daß eine solche Teilung zwischen „Tiergärten“ und „eingehegten Revieren“ dem Sinne des § 960 BGB. nicht entspricht, daß vielmehr auch die größten eingehegten Reviere „Tiergärten“ des § 960 BGB. sind.

§ 15.

Man beachte zunächst in § 960 Abs. 1 die Gegenüberstellung von „wilden Tieren in der Freiheit“ und „wilden Tieren in Tiergärten“. Während die in der Freiheit befindlichen Tiere als herrenlos bezeichnet werden, wird den Tieren in Tiergärten diese Eigenschaft genommen. Die Gegenüberstellung kann zweierlei bedeuten.

Entweder wollte der Gesetzgeber hier eine Teilung der Freiheit in natürliche Freiheit und Freiheit in Tiergärten vornehmen, wollte also sagen, daß es auch in Freiheit befindliche Tiere gäbe, die nicht herrenlos sind. Welches die Konsequenzen einer solchen Auslegung sein würden, erläutert Wegener [2]) treffend. Würde man doch dann unter „Tiergärten“ im Sinne von § 960 überhaupt nur noch große Jagdgehege zu verstehen haben; denn daß wilde Tiere selbst in größeren zoologischen Gärten und in Wildgärten ganz geringen Umfanges nicht „in Freiheit“ sind, dürfte jeder zugeben.

Lehnt man aber eine solche Deutung der Gegenüberstellung ab, so bleibt nur noch eine Auffassung übrig. Der Gesetzgeber wollte den „wilden Tieren in der Freiheit“ die „wilden Tiere in Tiergärten“ unmittelbar gegenüberstellen, als Kennzeichen also dessen, wann ein wildes Tier sich in einem „Tiergarten“ befindet, die Gefangenschaft des Tieres gelten lassen, das Tier darf nicht in Freiheit sein. Diese Auffassung scheint uns die natürliche zu sein. Sie entspricht auch den Motiven: „Der

[1]) Mot. Bd. 3 S. 371/72.

[2]) a. a. O. S. 14.

Gegensatz des Zustandes der natürlichen Freiheit ist der Zustand des Gefangenseins".[1])

Folgt man aber dieser Anschauung, so rechtfertigt sich der von uns oben eingenommene Standpunkt. Denn mit Recht schreibt Dickel[2]): „Ist denn ein Hirsch im großen Gehege in Freiheit? Wer wollte dies annehmen! Meinem Verständnis von Freiheit entspricht es wenigstens nicht!"

Man wende hier nicht ein, daß in großen Jagdgehegen der tierische Instinkt die Gefangenschaft als solche gar nicht empfindet, daß ein Tier sich dort als in der Freiheit befindlich fühlt. Dies ist rechtlich völlig irrelevant. Ganz richtig wird betont: „Ob ein Tier gefangen ist oder nicht, ist doch allein vom objektiven Standpunkt aus zu beurteilen. Das subjektive Bewußtsein des Eingeschlossenseins seitens des gefangenen Wildes ist für den objektiven Begriff der Gefangenschaft völlig bedeutungslos".[3]) Nur eine wirkliche Freiheit des Tieres vermag den Begriff der Gefangenschaft auszuschließen.[4])

Bedenklicher würde ein anderer Einwand sein, daß nämlich bei großen Jagdgehegen von einer Gefangenschaft des Wildes schon deswegen nicht die Rede sein kann, weil es sich bei der weiten Ausdehnung des Gatters niemals wird gänzlich vermeiden lassen, daß Stellen mit der Zeit schadhaft werden oder Tore längere Zeit hindurch unbewacht offen bleiben, also für das Wild eine Fluchtmöglichkeit vorliegt.

Es sei hier zur Erwiderung auf die vorzüglichen Ausführungen des Oberlandesgerichts Köln hingewiesen, die es in seinem Urteil v. 20. 12. 1895 niedergelegt hat.[5]) Ein solches Entweichen des Wildes, meint es mit Recht, wird schon vermöge der natürlichen Scheu des Wildes, die es vornehmlich das Dickicht aufsuchen und den Wegen fernbleiben läßt, nur selten eintreten. Wollte man wegen solcher vereinzelter Fälle des Auswechselns die Verfügungsgewalt des Eigentümers des ein-

[1]) Mot. S. 371.
[2]) Wildschongesetz a. a. O. S. 89.
[3]) Swart a. a. O. S. 24.
[4]) Wegener a. a. O. S. 18.
[5]) Abgedr. bei Dickel, Wildschongesetz a. a. O. S. 91/92.

gefriedigten Raumes über das ganze Wild in seinem Gehege für aufgehoben erachten, so würde von einem Gewahrsam durch Einfriedigung niemals, am allerwenigsten aber dann die Rede sein können, wenn der eingefriedigte Raum ein kleinerer ist, da es nicht zu vermeiden sein wird, daß bisweilen der eine oder der andere Zugang geöffnet bleibt, in welchen Fällen aber das Wild des kleineren Raumes die Öffnung um so leichter auffinden wird. Diesen Ausführungen ist u. E. nichts hinzuzufügen. Auch die Tiere in den größten Jagdgehegen sind nicht in der Freiheit, sondern gefangen, und da die Gefangenschaft, wie wir soeben sahen, entscheidend ist für den Begriff des „Tiergartens" im Sinne von § 960 BGB., so muß unter diesen Begriff auch ein Wildpark von beliebiger Größe fallen.

§ 16.

Zu demselben Ergebnis, daß nämlich der Umfang des eingehegten Gebietes dem Begriffe des „Tiergartens" keine Schranken setzt, kommen wir auch auf einem anderen Wege, und zwar wieder unmittelbar durch eine Interpretation des § 960 BGB. § 960 Abs. 1 Satz 2 lautet: „Wilde Tiere in Tiergärten und Fische in Teichen oder anderen geschlossenen Privatgewässern sind nicht herrenlos".

Hier werden also nebeneinander gestellt „wilde Tiere in Tiergärten" und „Fische in Teichen oder anderen geschlossenen Privatgewässern". Es liegt nun kein Grund vor und ist auch bisher von niemand behauptet worden, daß der Gesetzgeber für die im Wasser lebenden wilden Tiere einen anderen Standpunkt einnehmen wollte als für die auf dem Lande lebenden; gegen eine solche Annahme spräche auch schon die Zusammenstellung in § 960. Augenscheinlich aber ist es, daß bei den Fischen die Größe der Behälter irrelevant sein soll. Hätte nämlich der Gesetzgeber unter den „anderen geschlossenen Privatgewässern" nur kleinere, dem Teich vergleichbare Gewässer, z. B. Weiher oder Bassins verstanden, so hätte er sicher den Text des Gesetzes anders formuliert und hätte, wie Dickel hervorhebt,[1]) ge-

[1]) Dickel, Wildschongesetz a. a. O. S. 89; ebenso Wegener a. a. O. S. 43; George a. a. O. S. 49; Swart a. a. O. S. 27.

schrieben: „Teiche und andere derartige geschlossene Privatgewässer“. Aus der wirklichen Fassung geht indes hervor, daß der Gesetzgeber auf die Größe des „Privatgewässers“ überhaupt keinen Wert legt,[1]) er verlangt nur, daß dieses ein geschlossenes ist, die Fische also nicht entweichen können, sondern gefangen sind. Auch größere Gewässer sollen demnach Eigentum an den in ihnen befindlichen Fischen verschaffen, sofern sie eben nur abgeschlossen sind. Und warum sollte dies bei den wilden Tieren auf dem Lande anders sein? Ein Grund hierfür dürfte kaum gefunden werden können.

§ 17.

Wenn ferner Dickel[2]) in seinen eingehenden Erörterungen zu dieser Frage darauf hinweist, daß der von uns vertretene Standpunkt, der Grundeigentümer habe auch in den größten Jagdgehegen Eigentum an dem darin gefangenen Wilde, auch in allgemeinen Grundsätzen seine Bestätigung finde, so dürfte man darin eine dritte selbständige Widerlegung der gegnerischen Ansicht zu sehen haben. Dickel weist auf § 958 Abs. 1 hin, der sagt, daß der Eigentumserwerb an herrenlosen Tieren sich durch Erlangung des Eigenbesitzes vollzieht. Hat nun ein Rittergutsbesitzer in einem etwa 2000 ha großen Jagdgehege Eigenbesitz an den darin gefangen gehaltenen Tieren? Zwar der nach § 872 BGB. zum Eigenbesitz erforderliche Eigentümerwille kann bei dem Wildparkeigentümer als selbstverständlich vorausgesetzt werden, es fragt sich eben nur, ob er durch die Eingatterung des Parks trotz der so großen Ausdehnung desselben schon Besitz an den darin befindlichen Tieren erworben hat. Wird dies bejaht, so ist ihm auch nach § 958 Abs. 1 BGB. Eigentum an den Tieren zuzusprechen, der Park wäre also ein „Tiergarten“ im Sinne von § 960 BGB.

Bevor wir untersuchen, ob Grundeigentümer auch in einem großen Wildpark Besitz an den gefangenen Tieren haben, müssen wir feststellen, was überhaupt Besitz ist.

---

[1]) And. A. Scherer a. a. O. S. 140; Vieth a. a. O. S. 48.

[2]) Wildschongesetz a. a. O. S. 89.

Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch im § 854 sagt, daß der Besitz durch die „tatsächliche Gewalt“ erlangt wird, und in § 856 BGB. bestimmt wird, daß der Verlust des Besitzes in dem Verlust der „tatsächlichen Gewalt“ besteht, so können wir wohl unbedenklich behaupten: Der Besitz ist eben ein — wenn auch qualifizierter — Fall „tatsächlicher Gewalt“. Damit haben wir aber nur wenig erreicht. Denn was bedeutet „tatsächliche Gewalt“, was versteht der Gesetzgeber unter diesem Begriff? Im Gesetz suchen wir vergeblich nach einer Definition; sie ist nicht zu finden, weil der Gesetzgeber offenbar keine geben wollte. Und damit hat er u. E. recht getan, denn eine solche hätte auch schwerlich gefunden werden können. Alle bisherigen Versuche, diesen Begriff zu bestimmen, sind mißlungen. „Er ist ein elementarer Begriff; ob das Verhältnis einer Person zu einer Sache tatsächliche Herrschaft ist, ist nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen. Sachherrschaft ist, was dem gemeinen Bewußtsein als solche erscheint.“ [1]) In ganz ähnlicher Weise sagt Goldschmidt[2]): „Worin die tatsächliche Gewalt besteht, welche das Wesen des Besitzes ausmacht, haben die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs vollkommen korrekt nicht definiert, vielmehr der verständigen, an Lebenssitte und Erfahrung sich anschließenden richterlichen Würdigung überlassen“. Mag auch ursprünglich mit dem Worte „Besitz“ eine rein sinnliche Vorstellung verbunden gewesen sein, bald riß man sich von einer derartigen Auffassung los, der Gewaltbegriff wurde im Laufe der Zeit geläutert und erweitert.[3]) Je weiter die Kultur und die Verkehrsmittel fortschritten, um so mehr ward das früher ganz enge Band zwischen Besitzer und Sache gelockert und gewissermaßen vergeistigt. Es muß daher vollständig Goldschmidt[4]) zugestimmt werden, wenn er sagt, der Besitz ist ein „sozialer Gewaltbegriff, der je nach der Zeit und Verkehrsanschauung zu wechselnder Beurteilung der Tatbestände führt“.[5]) Aus diesem

[1]) Wolff a. a. O. S. 10.
[2]) In Festgabe a. a. O. S. 64.
[3]) Goldschmidt in Gem. Schriften a. a. O. S. 70.
[4]) In Festgabe a. a. O. S. 64.
[5]) vgl. auch Rotering a. a. O. S. 55: „Der Besitz ist utilitarischer

Grunde erscheint es uns völlig verkehrt, zur Lösung unserer Frage auf l. 3 § 14 D. 41, 2 hinzuweisen. „Einer späteren Zeit gilt mancherlei als Gewalt, was die naivere Auffassung der Vorfahren darunter nicht begriff.“ [1]) Was heute Besitz ist, kann eben nur nach heutiger Verkehrsanschauung beurteilt werden; und was verlangt die heutige Verkehrsanschauung zum Besitz?

Sie verlangt zunächst, daß die Beziehung zwischen Person und Sache von einer gewissen Festigkeit ist, sie darf keine Augenblicksherrschaft sein. „Eine Sachberührung, die von vornherein als eine flüchtige angelegt ist, ist nicht Sachherrschaft.“ [2]) Daß nun ein Rittergutsbesitzer durch die Einhegung des Wildes nicht nur eine momentane Beziehung zu dem Wild schaffen will, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung. Dieses Erfordernis des Besitzes steht unserer Frage nicht entgegen.

Nun wird aber ferner von der Gegenpartei die Ansicht vertreten, daß einem Wildparkeigentümer nur dann Besitz an den eingeschlossenen Tieren zugebilligt werden könne, wenn er jeden Augenblick in der Lage ist, ein bestimmtes Tier zu töten und so tatsächlich in seine Gewalt zu bringen. Man fordert also im offenbaren Anschluß an v. Savigny [3]) zum Besitz die Möglichkeit, jederzeit unmittelbar auf die Sache einwirken zu können. Dies widerspricht aber vollkommen der heutigen Verkehrsanschauung. Es liegt auch durchaus nicht im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dieses spricht im § 960 dem Teicheigentümer den Besitz an den darin befindlichen Fischen zu. Ist aber der Teichbesitzer jeden Augenblick in der Lage, jeden einzelnen Fisch unmittelbar zu ergreifen? [4]) Das Gesetz oder vielmehr die Verkehrsanschauung verlangt dies auch gar nicht. Mit Recht schreibt Dickel: „Ob zur Vornahme einer Besitzhandlung eine kürzere

Natur. Derselbe blieb mit nichten in den verschiedenen Entwicklungsstufen der Völker von gleichem Inhalt; er wandelte sich, wie sich wandeln die Lebensweise, die Art des Landbaus und der Landesbeschaffenheit, die Form des Rechtsverkehrs und des sozialen Daseins, in der Richtung aufsteigender Tendenz das Güterkapital der menschlichen Verkehrsmacht“.

[1]) Goldschmidt in Gem. Schriften a. a. O. S. 72.

[2]) Wolff a. a. O. S. 11.

[3]) a. a. O. S. 210.

[4]) Dickel, Wildschongesetz a. a. O. S. 90.

oder längere Zeit notwendig ist, erscheint vollkommen gleichgültig. Ich werde unzweifelhaft Besitzer eines Briefes, der in den von mir angebrachten Briefkasten geworfen wird, auch dann, wenn ich mehrere Stunden weit von meiner Wohnung entfernt bin, ja sogar dann, wenn ich mich auf der Reise, etwa in Tirol oder sogar in Amerika befinde". Die Hauptsache ist nur, daß man schließlich doch in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt zu erwerben, ohne daß sich einem dabei ungewöhnliche Hindernisse in den Weg stellen. Es wird aber sehr richtig betont, daß es jedem, auch in den größten Jagdgehegen — sofern eben nur die Einfriedigung so beschaffen ist, daß ein Auswechseln des Wildes unter normalen Verhältnissen verhindert ist — möglich ist, die jagdbaren Tiere zu erlegen, wenn er nur die erforderlichen Anstalten trifft. Mag es auch im einzelnen nicht ganz leicht sein und einige Zeit hindurch nicht gelingen, ungewöhnliche Hindernisse stehen ihm hier nicht im Wege. Was die Verkehrsanschauung vom Besitz verlangt, ist eben nur ein gewisses Raumverhältnis zwischen Person und Sache, ein Raumverhältnis derart, daß man nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge darauf rechnen kann, über die Sache verfügen zu können.[1]) Wenn man darüber hinaus die Möglichkeit fordert, die Verfügungsgewalt jeden Augenblick betätigen zu können, so entspricht dies weder dem Gesetz noch der Verkehrsanschauung.[2])

[1]) Dernburg Bd. 3 S. 49.

[2]) Ebner (a. a. O. S. 55—57) wendet sich gegen unsere Auffassung und meint, es wäre doch ein seltsames Ergebnis, daß der Parkeigentümer, trotzdem er angeblich Besitz an den Tieren habe, dieselben Handlungen vornehmen muß, um über ein Stück Wild verfügen zu können, wie der Jäger in freier Wildbahn. Denn auch dort könne der Jäger — selbst in einem weniger gut besetzten Revier — darauf rechnen, in kurzer Zeit ein bestimmtes Stück Wild zu erlegen. — Inwieweit man nun überhaupt berechtigt ist, zu behaupten, daß ein Jäger in freier Wildbahn „darauf rechnen" kann, ein Stück Wild, das er gesehen hat, zu erlegen, mag dahingestellt sein. Gewiß ist eins: Von einer Sicherheit, einer Bestimmtheit, das betreffende Stück erlegen zu können, kann auf der Jagd in freier Wildbahn niemals gesprochen werden, höchstens von einer mehr oder minder großen Wahrscheinlichkeit. Das Maßgebende ist aber stets die Gewißheit, das Tier bekommen zu können. Diese ist bei einem Tier im Wildpark vorhanden, denn hier setzt das Gehege einem etwaigen Entfliehen des Tieres Schranken, anders aber in freier Wildbahn. So besonders auch Swart a. a. O. S. 23.

Wohl aber verlangt die Verkehrsanschauung noch etwas weiteres vom Besitz, sie verlangt, wie Dernburg erwähnt,[1]) daß Dritten auf die Sache eine dauernde Einwirkung, welche unsere Verfügung hindert, verschlossen ist; der Parkeigentümer muß in seiner Herrschaft über die Tiere gegen Dritte hinreichend gesichert erscheinen. Ähnlich auch Rotering: „Die Gefahr muß ausscheiden, es möchten Dritte sich zwischen mich und den räumlichen Gegenstand stellen, daß sie diejenige Verfügung hindern, welche mir beliebt. Ich sage die Gefahr, nicht die bloße Möglichkeit; denn gegen Diebe und Räuber bieten auch unsere Schließvorrichtungen nur unvollkommenen Schutz".[2])

Dieses Erfordernis des Besitzes wird aber in unserem Fall durch die Einzäunung des Wildparks in hohem Grade erreicht. Soweit man allerdings nur auf den physischen Ausschluß der Menschen sieht, wird sie nicht von großem Nutzen sein; denn gerade bei großen Wildgehegen, wo eine sorgfältige Bewachung an allen Punkten unmöglich ist, wird es Dritten ein leichtes sein, das Gatter zu übersteigen. „Die Sicherheit des Besitzes aber beruht keineswegs bloß auf dem physischen Moment, d. h. auf den zu seinem Schutz getroffenen Sicherheitsmaßregeln, sondern ebensosehr auf dem moralischen und rechtlichen Moment, d. h. auf der durch den Rechtssinn oder das Gesetz begründeten Scheu vor der Verletzung fremder Rechte." [3]) „Das moralische Band der Sitte, das zwingende Band des Rechts suppliert hier mancherlei, was an der sinnlichen Herrschaft fehlt." [4]) Die Einzäunung des Wildgartens gibt nun die Besitzherrschaft eines anderen Menschen deutlich kund, sie gibt jedem Dritten zu erkennen, daß hinter ihr ein fremdes Herrschaftsgebiet beginnt, zu dem auch die Verfügungsgewalt über die eingeschlossenen Tiere gehört. Ist dies aber der Fall, so geben die natürliche Scheu vor der Antastung einer fremden Herrschaftssphäre und das gesetzliche Verbot ihrer Verletzung dem Wildparkeigentümer

[1]) a. a. O. Bd. 3 S. 49.
[2]) Rotering a. a. O. S. 56.
[3]) Jhering a. a. O. S. 180.
[4]) Goldschmidt in Gem. Schriften a. a. O. S. 72.

hinlänglich Schutz gegen Dritte.[1]) „Nicht Mauern, Schlösser und Riegel, Kisten und Taschen allein sind es, denen ich die Sicherheit meiner Sachen verdanke, sondern zu diesen äußeren Hindernissen, die ich fremder Begehrlichkeit entgegenstelle, gesellen sich noch die unsichtbaren Schranken hinzu, mit denen das Recht mein Eigentum umgibt: die Rechtsordnung, der im Volke verbreitete Rechtssinn, die Furcht des Diebes vor Entdeckung und Strafe.“ [2])

§ 18.

So spricht, wie wir sehen, alles dafür, daß auch in einem beliebig großen Wildpark der Grundeigentümer Eigenbesitz an den gefangenen Tieren erworben hat. Geben wir dies aber zu, so ist ihm nach § 958 Abs. 1 BGB. auch das Eigentum an ihnen zuzusprechen. Auch hier kommen wir also zu dem Ergebnis, daß der Begriff des „Tiergartens“ im Sinne des § 960 BGB. unabhängig ist von der Größe des eingehegten Gebietes. Während in der Literatur[3]) der hier eingenommene Standpunkt bisher nur wenig Anerkennung gefunden hat, hat das Reichsgericht sich jetzt[4]) gänzlich zu der hier vertretenen Ansicht bekannt. In Urteilen v. 9. 1. 1902[5]) und 9. 8. 1902[6]) hat es den von uns eingenommenen Standpunkt vertreten und auch in

---

[1]) Dernburg Bd. 3 S. 49.

[2]) Jhering a. a. O. S. 183.

[3]) Es sind ders. A.: Endemann, Sachenrecht S. 561; Kunze a. a. O. Bd. 14 S. 361; Wirschinger a. a. O. S. 186; Wolff a. a. O. S. 212 Anm. 4; Ziebarth a. a. O. S. 386; die Diss. von George, Swart, Wegener; vor allen aber Dickel, Wildschongesetz a. a. O. S. 90.

[4]) vgl. die früheren Urteile des RG. v. 16. 4. 1883 (RGE. in Strafs. Bd. 8 S. 275) und 9. 11. 1894 (RGE. in Strafs. Bd. 26 S. 218), in denen es für die Entscheidung, ob der Parkeigentümer auch Eigentum am Wilde habe, stets im konkreten Fall auch die Größe des Geheges in Betracht zieht.

[5]) Schultz, Jahrb. Bd. 1 S. 53ff.; vgl. S. 30—31 der Arbeit.

[6]) JurW. 1903 S. 80 Nr. 29: „Da der erste Richter feststellt, daß der etwa 120 ha große Wildpark vollständig mit einer mindestens 2 m hohen Einzäunung umgeben und derart umschlossen ist, daß kein Stück von dem darin gehegten Wild den Park verlassen kann, . . . ist dieser Wildpark als ein Tiergarten im Sinne des § 960 BGB. anzusehen“.

jüngster Zeit[1]) an ihm festgehalten. Treffend führt es aus: „Die Größe eines Wildparks ist nur insofern von Bedeutung, als sie für die Frage von Erheblichkeit sein kann, ob durch die Gesamtheit der Einrichtungen eine solche Einschließung des Wildes erreicht wird, daß Entweichungen aus dem Parkgebiet vorgebeugt wird. Ist aber eine zusammenhängende Fläche nach Art eines umzäunten Gebietes derart nach außen abgeschlossen, daß dem Wild überall durch wirksame, nicht zu überwindende Hindernisse der Austritt überhaupt unmöglich gemacht wird, so kann daraus, daß bei der Größe des Parks das Wild innerhalb der Umschließung volle Bewegungsfreiheit genießt, nicht geschlossen werden, daß der in Wahrheit eingesperrte Wildbestand sich in Freiheit befindet. Insbesondere kann auch nicht gefordert werden, daß jedes einzelne Stück des Wildbestandes jederzeit herausgegriffen werden könne und ihm die Möglichkeit genommen sein müsse, sich der Ausübung der tatsächlichen Herrschaft auch nur vorübergehend zu entziehen. Der Besitz wird eben schon im geschlossenen Raum ausgeübt". Dem ist unbedingt zuzustimmen.

Wir sehen mithin, daß die Größe des Wildparks kein entscheidendes Merkmal des „Tiergartens" im Sinne des § 960 BGB. ist, auch beliebig große Jagdgehege sind „Tiergärten", sofern nur ihre Umzäunung so beschaffen ist, daß ein Auswechseln des eingeschlossenen Wildes unter normalen Umständen nicht möglich ist.

Geht nun Wild in einem solchen Jagdgehege infolge eines durch Funkenflug verursachten Waldbrandes zugrunde, so muß, wie bereits oben erörtert, nach den reichsrechtlichen Grundsätzen über die Haftpflicht der Eisenbahnen in vollem Umfange Schadensersatz geleistet werden.

Es handelt sich um Wild in freier Wildbahn.

§ 19.

Nicht so einfach scheint sich die Bejahung eines Schadensersatzanspruchs gegen die Eisenbahn zu gestalten, wenn es

[1]) RGE. in Strafs. Bd. 42 S. 75.

Wild in freier Wildbahn war, das durch den Waldbrand vernichtet oder verscheucht wurde. Auch hier ist als Voraussetzung eines Ersatzanspruchs nach Reichsrecht zu fragen: Hatte der Jagdherr das Eigentum oder ein „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 BGB. an den Tieren und war ihm eine zum Schutze dieses Rechts gegebene Klage im konkreten Falle genommen?

Das Eigentum kann dem Jagdherrn nach geltendem Recht an den einzelnen Tieren nicht zugesprochen werden. Die Theorie des Wildeigentums, welche im gemeinen deutschen Recht in verschiedenster Form vertreten wurde, sei es, daß man das Wild als Gegenstand von Fahrniseigentum ansah,[1]) sei es als Gegenstand des Grundeigentums,[2]) darf heute als allseitig

---

[1]) So spricht Roth a. a. O. S. 542 von einem „pendenten Eigentum", das der Jagdherr an dem in seinem Revier befindlichen Wild habe. Dieses „kondensiere" sich, sobald das Stück Wild auf seinem Grund und Boden verende oder sich in einem solchen Zustande befinde, daß es das Jagdgebiet nicht mehr verlassen könne. Ähnlich Brinz a. a. O. S. 569/70 und Schmid a. a. O. S. 59, die von „flüssigem" bezw. „schwebendem Eigentum" an den Tieren sprechen, sowie Schuppe a. a. O. S. 187ff. Dem ist entgegenzuhalten, daß Eigentum ist, was es von jeher war: ausschließliche Herrschaft über eine bestimmte individuelle Sache. Man kann aber weder sagen, daß der Jagdberechtigte das einzelne Stück Wild in freier Wildbahn beherrsche, noch daß bei diesem „wandelbaren Eigentum" eine Herrschaft über festbestimmte oder bestimmbare Sachen vorliegt. „Wahrlich, kein juristischer Begriff mehr, sondern das Schattenbild eines Eigentums, welches nach Laune des Zufalls oder seines Objekts an einem und demselben Tage vielleicht ein dutzendmal verloren oder wiedererworben wird" (v. Anders a. a. O. S. 51).

[2]) So bes. v. Ickstatt a. a. O. S. 99: „Also erlangen wir das Eigentum über Wild, Fische und Vögel als die Früchte und Ausbeute desselben durch den bloßen Eintritt in das Grundstück mit eben dem Rechte, mit dem wir uns das Getreide, Äpfel, Birnen u. dgl. zueignen, ob wir sie gleich nicht besonders ergriffen und angerührt haben. Also läßt sich auch ebendieses von dem Wilde sagen, daß es, nachdem wir überhaupt von dem Grundstück Besitz genommen, auch zugleich in unsere Gewalt gekommen sei, nur mit dem Unterschiede, daß das Eigentum über die Früchte dauerhaft und beständig, dasjenige aber, welches uns über das Wild, über Fische und Vögel zusteht, nur vergänglich und wandelbar sei, da solches die Natur solcher Tiere, welche man in ihrer natürlichen Freiheit läßt, nicht anders

aufgegeben bezeichnet werden; sie scheitert rettungslos an der Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuchs: „Wilde Tiere sind herrenlos, solange sie sich in der Freiheit befinden“ (§ 960 BGB.).[1]) Auch der Versuch, unter Anerkennung des Satzes, daß die einzelnen Tiere herrenlos seien, diese herrenlosen Tiere doch in ihrer Gesamtheit als Objekt eines dinglichen Rechtes zu machen,[2]) die Annahme eines Eigentums am Wildstand als Ganzes gedacht, läßt sich nach geltendem Recht nicht mehr halten. Eine solche Konstruktion liefe auf die Annahme eines Rechts an einem Sachinbegriffe hinaus. Das Bürgerliche Gesetzbuch aber verwirft den in den §§ 92 u. 1035 erwähnten Begriff der „Sachgesamtheit“, indem es in § 90 betont: „Sachen im Sinne dieses Gesetzbuches sind nur körperliche Gegenstände“. Eigentum, Besitz und andere dingliche Rechte können daher niemals an einer Sachgesamtheit, sondern nur an den einzelnen

---

leidet“. v. Ickstatt geht demnach von der Behauptung aus, daß das Wild Zubehör oder Frucht des Grund und Bodens sei, und folgert weiter: da das Zubehör und die Frucht des Grund und Bodens Eigentum des Grundbesitzers sei, der Grundeigentümer aber auch der Jagdberechtigte ist, stehe auch die Frucht, hier das Wild, im Eigentum des Jagdberechtigten. Dies ist irrig; denn die Prämisse, von der er ausgeht, ist falsch. Gegen die Zubehöreigenschaft des Wildes im Sinne von § 97 BGB. spricht sowohl das Fehlen der notwendigen räumlichen Beziehung zum Grundstück, denn das Wild wechselt von Ort zu Ort, als auch fehlt die Bestätigung der Zubehöreigenschaft durch die Verkehrsanschauung. Es darf ferner nicht übersehen werden, daß Zubehör immer Gegenstand des Fahrniseigentums ist, was hier nicht zutrifft (vgl. vorige Anm.). Was vollends die Fruchtqualität des Wildes anbetrifft, so muß man u. E. zustimmen, wenn behauptet wird, daß zwischen der Frucht eines Grundstücks und dem Wilde sowohl nach der naturwissenschaftlichen Auffassung als auch nach der Auffassung des Lebens jeglicher Zusammenhang fehlt (Kuhlmann a. a. O. S. 26). Von heutigen Schriftstellern, die, freilich ohne die Herrenlosigkeit des Wildes zu bestreiten, das Jagdrecht als Ertragsrecht am Grundstück konstruieren, seien genannt: Jähner a. a. O. und Dickel im Bürgerl. R. für Forstmänner.

[1]) Anders im englischen Recht. Dieses spricht dem Jagdberechtigten das „transient property“ an dem sich im Bezirk aufhaltenden Wild für die Aufenthaltszeit zu.

[2]) So Ziebarth a. a. O.; ähnlich v. Brünneck a. a. O., der allerdings nur von einem quasidinglichen Recht am Wildstande spricht.

Sachen selbst bestehen. Gebraucht das Bürgerliche Gesetzbuch trotzdem den Ausdruck „Sachinbegriff", so hat das nur die praktische Bedeutung einer Erleichterung in der Bezeichnung, und man ist sich völlig darüber klar, daß beispielsweise der im § 1035 BGB. erwähnte Nießbrauch an einem Sachinbegriff juristisch aufzufassen ist als Nießbrauch an den einzelnen, den Sachinbegriff bildenden Sachen. Aus dieser Erwägung heraus muß die Annahme eines Eigentums am „Wildstand", der aus herrenlosen Tieren besteht, in sich zusammenfallen, wofern nicht gewohnheitsrechtliche Bildung oder etwa nach Art. 69 EG. z. BGB. in Betracht kommende landesgesetzliche Normen ein anderes bestimmen. Solche lassen sich aber, wie Dickel[1]) richtig betont, nicht nachweisen.

Sehen wir somit, daß alle Theorieen, die Eigentum am Wilde vor seiner Okkupation durch den Jagdberechtigten annahmen, aufgegeben und nach geltendem Recht nicht mehr zu halten sind, so ist doch unverkennbar, daß ihnen allen ein richtiger Gedanke zugrunde lag, die einfache, heute fast allgemein anerkannte Vorstellung, daß die wilden Tiere trotz ihrer Herrenlosigkeit doch nicht rechtlos zu sein brauchen, daß es sehr wohl möglich und denkbar ist, daß der Jagdberechtigte zu den Tieren trotz ihrer Herrenlosigkeit in einer rechtlichen Beziehung steht. Eine solche ist denn auch in der Tat im Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannt. Sie besteht allerdings nicht in der Herrschaft über die wilden Tiere, sondern in dem Recht, sich diese Herrschaft ausschließlich verschaffen zu können, sie ist das „ausschießliche Aneignungsrecht" des § 958 Abs. 2 BGB.[2])

[1]) In Festgabe a. a. O. S. 14.

[2]) „Beim Wild ist eine dreifache Rechtslage denkbar. Entweder es gehört dasselbe noch zu niemandes Rechtssphäre, oder es besteht bezüglich desselben bereits ein Jagdrecht, oder endlich es befindet sich das Wild infolge der Ausübung jenes Rechts im Eigentum des Jagdberechtigten. Die drei Stadien sind also: Rechtlosigkeit, Ansprüchigkeit und Eigentum. Das Stadium der Ansprüchigkeit erscheint hiernach als Zwischenstadium, zugleich aber als Vorstadium des definitiven Rechts. Im Verhältnis zur gänzlichen Rechtlosigkeit stellt sich die Ansprüchigkeit dar als das Stadium des beginnenden Rechts, auf welches jenes des vollendeten Rechts folgt. Die-

Für unsere Abhandlung ist damit jedoch wenig gewonnen. Zu untersuchen bleibt vor allem, welcher Natur dieses „ausschließliche Aneignungsrecht“ ist, ob es ein Recht ist, dessen Verletzung nach § 823 BGB. bei Vorliegen eines Verschuldens zum Schadensersatz verpflichten würde.

Auf den ersten Blick ersichtlich ist es, daß das Jagdrecht kein obligatorisches Recht ist. „Dingliche Rechte sind im allgemeinen jene, vermöge welcher der Berechtigte durch generelles Verbot in dem Genusse einer Sache geschützt ist, ein obligatorisches Recht dagegen ist der auf speziellem Gebote oder Verbote beruhende Leistungsanspruch gegen Dritte.“ [1]) Daß nun bei unserem „ausschließlichen Aneignungsrecht“ der Berechtigte durch ein generelles Verbot geschützt wird (§ 958 Abs. 2 BGB.), spricht genug gegen die Annahme eines obligatorischen Rechts. Auch haben wir es beim Jagdrecht primär nicht mit einem Verhältnis von Person zu Person, sondern von Person zu einer Sache zu tun.

So wird denn auf Grund dieser Erwägung das Jagdrecht von einer Anzahl namhafter Schriftsteller für ein wirkliches dingliches Recht gehalten. Als ein „eigenartiges dingliches Recht“ bezeichnet es beispielsweise Wolff; [2]) als Gegenstand dieses Rechts „erscheint noch heute wie früher die anzueignende Sache selbst, und es ist nicht angängig, das Aneignungrecht als Persönlichkeitsrecht zu konstruieren oder in einem Gestaltungsrecht aufgehen zu lassen“. Attribute wie „dingliche Erwerbsberechtigung“ und „eigenartiges Sachenrecht“ finden sich bei

---

selbe erscheint als die von der Rechtlosigkeit zum Eigentum gebaute Brücke, als eine Durchgangssphäre, durch welche die Sache zu gehen hat, um das ihr gesetzte Endziel zu erreichen. Jenes Zwischenstadium ist also ein Moment in dem Entstehungsprozesse des Eigentums; mit anderen Worten, wir haben es hier zu tun mit einem jener Fälle, in welchen die passive Seite des Rechts vor der aktiven eintritt, in welchen die Gebundenheit der Sache als Vorstadium des Eigentumsrechts erscheint.“ (v. Anders a. a. O. S. 63.)

[1]) v. Anders a. a. O. S. 68.

[2]) a. a. O. S. 217.

Enneccerus[1]) und Endemann;[2]) auch Lehmann a. a. O.[3]) spricht von den „dinglichen“ Aneignungsrechten an Sachen, die bisher in niemandes Eigentum standen.

Der Annahme eines rein dinglichen Rechts sind in der Literatur Bedenken entgegengebracht worden, und auch u. E. kann man nicht umhin, diesen Bedenken, die hauptsächlich in der Hervorhebung gewisser Unterschiede zwischen dem Aneignungsrecht und einem dinglichen Recht bestehen, die Berechtigung abzusprechen. Von einem rein dinglichen Rechte redet man gewöhnlich nur dann, wenn der Berechtigte imstande ist, eine bestimmte Sache in einer gewissen Richtung hin zu beherrschen. Dem Aneignungsrecht fehlt aber sowohl die Beziehung auf einen festbestimmten Gegenstand, denn die Tiere wechseln ja beständig von einem Grundstück ins andere, als auch die Herrschaft über die Tiere. Von einer solchen kann in freier Wildbahn u. E. nicht die Rede sein. „Das dingliche Recht stellt sich gewöhnlich dar als ein unmittelbares Herrschaftsverhältnis der Person zur Sache, hier bildet dessen Herstellung erst den Zweck des Rechts.“ [4]) Diesen u. E. nicht zu übersehenden Verschiedenheiten steht allerdings auf der anderen Seite auch eine unverkennbare Ähnlichkeit beider Rechte entgegen. Daß unser Recht absolut ist, d. h. gegen jeden anderen geschützt ist, haben wir bereits oben bemerkt; es ist aber auch — und auch das ist ein wichtiges Merkmal des dinglichen Rechts im Gegensatz zum obligatorischen Recht, das den Keim des Unterganges in sich trägt — auf die Dauer berechnet. Hierin möchten wir uns wenigstens unbedingt v. Anders anschließen, wenn er schreibt: „Das Jagdaneignungsrecht stellt sich dar als die Summe ebenso vieler einzelner Okkupationsrechte, als Stücke Wild sich im Jagdrevier befinden. Jedes dieser einzelnen Okkupationsrechte, welche, zur Einheit zusammengefaßt, das Jagdokkupationsrecht bilden, nähert sich in der angedeuteten

[1]) Bd. 1 § 72 IB.

[2]) Bd. 2 § 1 Anm. 2, § 11 Anm. 2 („eigenartige Sachenrechte, die nach Landesrecht auf Grund der Vorbehalte in Geltung bleiben“).

[3]) Stobbe-Lehmann a. a. O. S. 448.

[4]) v. Anders a. a. O. S. 69.

Beziehung den obligatorischen Rechten. Auf die Dauer angelegte Rechte liegen hier nicht vor, und die Ausübung ist zugleich Aufhebung. Das Jagdokkupationsrecht aber als Inbegriff aller einzelnen Aneignungsrechte nähert sich nach jener Richtung hin wieder den dinglichen Rechten, da es sich als ein auf die Dauer berechnetes, an und für sich zeitlich unbeschränktes Recht darstellt".[1])

Wir sehen, kein rein dingliches Recht kann das Jagdrecht sein, wesentliche Eigenschaften eines solchen fehlen ihm; es ist vielmehr ein Recht, das eine eigentümliche Mittelstellung zwischen den obligatorischen und dinglichen Rechten einnimmt, in dem aber die dinglichen Momente weit überwiegen. Es ist ein absolutes Vermögensrecht, welches, ohne dingliches Recht zu sein, dennoch mit den dinglichen Rechten in wichtigen Beziehungen zusammentrifft, es ist ein quasi-dingliches Recht.[2])

Für unsere Arbeit kann es gleichgültig erscheinen, ob man sich auf den Standpunkt stellt, das Jagdrecht sei ein dingliches Recht, oder ob man ihm nur einen quasi-dinglichen Charakter zuerkennt. Auch die Vertreter der letzten Ansicht geben zu, daß diesem quasi-dinglichen Recht dieselben Wirkungen beiwohnen wie einem dinglichen Recht, daß auch die schuldhafte Verletzung dieses quasi-dinglichen Rechts unter § 823 BGB. fällt. Dies hat auch insbesondere das Reichsgericht in seiner Entscheidung v. 5. 2. 1907 ausgesprochen: „Dem Jagdberechtigten steht zwar kein dingliches Recht an den in seinem Jagdgebiet befindlichen Tieren und demgemäß auch kein dinglicher Anspruch auf Herausgabe fortgeschaffter sowie kein Besitzschutz bezüglich der noch nicht in Besitz genommenen Tiere zu. Das dem Jagdrecht entspringende ausschließliche Aneignungsrecht ist indes ein Vermögensrecht, dessen Verletzung wie die jedes anderen Vermögensrechts bestimmte Wirkungen zu äußern geeignet ist. Sie bestehen darin, daß der Jagdberechtigte nicht nur im Wege der Selbsthilfe, sofern im übrigen die Voraus-

[1]) a. a. O. S. 70.

[2]) So im wesentlichen v. Anders a. a. O. S. 90ff.; Wirschinger a. a. O. S. 28/29; Dalcke a. a. O. S. 39; Ebner a. a. O. S. 101; RGE. Bd. 41 S. 349, Bd. 52 S. 128.

setzungen einer solchen vorliegen, die Fortschaffung eines dem Aneignungsrecht unterliegenden Tieres aus dem Jagdbezirk verhindern, sondern auch gegen denjenigen, der widerrechtlich die Entfernung eines Tieres bewirkt hat, die Zurückschaffung in das Jagdgebiet erzwingen kann“ (§§ 823, 249 BGB.).[1])

Mit der Anerkennung dieses Satzes, daß nämlich der Jagdherr auch in freier Wildbahn ein unter § 823 BGB. fallendes Recht an den in seinem Revier befindlichen Tieren hat, ist aber die eine Bedingung des Schadensersatzanspruchs gegen den Eisenbahnfiskus erfüllt.

§ 20.

Die Bejahung der zweiten Bedingung des Ersatzanspruchs, die Versagung eines dem Jagdherrn sonst zum Schutze seines Rechts gegebenen Unterlassungsanspruchs, stößt auf größere Schwierigkeiten. Es fragt sich vor allem, steht überhaupt unter gewöhnlichen Umständen dem Jagdberechtigten eine der actio negatoria analoge Klage auf Unterlassung von Immissionen zu? Verneint man, so kann diese Klage dem Jagdberechtigten auch nicht im konkreten Fall infolge der Konzessionierung der Eisenbahn genommen sein; es würde also eine — wenigstens nach dem Stande der augenblicklichen Rechtsprechung — wesentliche Voraussetzung des Ersatzanspruchs und mit ihr der Anspruch selbst entfallen. Dem ist aber nicht so.

Trotzdem es bei dieser Frage wesentlich auf die Stellung des Jagdrechts zum Grundeigentum ankommen dürfte, kann doch die berühmte Streitfrage, ob das Jagdrecht natürlicher Bestandteil des Grundeigentums oder ob es als selbständiges Recht erhalten, künstlich mit dem Eigentum verbunden ist, unerörtert bleiben. Nach geltendem Recht hat die Stellungnahme zu dieser Frage — wenigstens in unserem Falle — im wesentlichen nur theoretische Bedeutung. Denn selbst bei der Annahme eines fortdauernden selbständigen Rechts hätte das Jagdrecht nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches als

[1]) RGE. in Strafs. Bd. 39 S. 429.

Realrecht und demgemäß nach § 96 BGB.[1]) als Eigentumsbestandteil[2]) zu gelten. Wird nun dieser Eigentumsbestandteil, das Jagdrecht, durch Funkenflug einer Eisenbahn wiederholt beeinträchtigt, so wird mit ihm auch das Eigentum gestört, und es ist nicht zweifelhaft, daß unter gewöhnlichen Umständen die actio negatoria dem Jagdberechtigten als Grundeigentümer zustände. Im konkreten Fall kann aber an eine Anstellung der Klage der konzessionierten Eisenbahn gegenüber nicht gedacht werden, und somit erscheint die zweite Bedingung eines Schadensersatzanspruchs gegen den preußischen Eisenbahnfiskus — sofern wenigstens der Grundeigentümer der Jagdberechtigte ist — erfüllt.

Anders die Rechtslage des Jagdpächters. Zu entscheiden ist vor allem, ob der Jagdrechtserwerber sich kraft des ihm übertragenen Rechts gegen Dritte verteidigen kann oder ob er die Vermittlung seines Rechtsvorgängers, des Grundeigentümers, in Anspruch nehmen muß und sich nur an diesen wegen Schadensersatzes halten kann. Nur im ersten Fall könnte eine etwaige

---

[1]) Wenn das Kammergericht sich in der Entscheidung v. 12. 6. 1906 (Rechtspr. d. OLG. Bd. 13 S. 384) auf den Standpunkt gestellt hat, daß selbst bei der Auffassung des Jagdrechts als Realrecht — die gegnerische Ansicht, daß das Jagdrecht nicht mehr neben dem Eigentum, sondern nur als eine im Eigentum enthaltene Befugnis besteht, daß das Jagdrecht in das Eigentum zurückgefallen sei und letzteres sich nach dieser Richtung hin konsolidiert habe, lehnt es energisch ab — § 96 BGB. nicht anwendbar sei, weil das Jagdrecht sich lediglich nach Landesrecht beurteile, so ist dies, wie auch in der Literatur anerkannt wird, zweifellos unrichtig. „Gewiß kann das Landesrecht die Anwendung des § 96 ausschließen, wie es ja das Jagdrecht wieder zum Regal gestalten könnte, aber die Landesgesetzgebung — und jedenfalls die preußische — hat es nicht getan." Dickel in Festgabe S. 7; vgl. auch Wolff a. a. O. S. 219 Anm. 14.

[2]) Freilich teilen sich hier die Ansichten. Wolff a. a. O. S. 219 und mit ihm nicht wenige verneinen, daß nach § 96 das Jagdrecht Eigentumsbestandteil werde, es entstehe vielmehr ein Grundstücksbestandteil. Mit Recht macht u. E. Dickel in Festgabe a. a. O. S. 8 darauf aufmerksam, daß diese Ansicht in ihrem Ergebnis schließlich auf dasselbe hinausläuft wie die obige. Wenn das Jagdrecht nach § 96 BGB. Grundstücksbestandteil wäre, so wäre es doch, wie jeder andere Bestandteil des Grundstücks, auch Gegenstand des Eigentums. Man käme also zu einem Eigentum am Recht, was an die Zeiten des ALR. erinnert.

Versagung der Schutzklage des Jagdpächters überhaupt in Frage kommen.

„Es kann nun wohl kaum zweifelhaft sein, daß ein dringendes praktisches Bedürfnis besteht, dem Jagdrechtserwerber einen unmittelbaren Schutz gegen Dritte zu gewähren; er muß das Recht haben, Störungen seiner Jagdausübung durch Unbefugte zu verbieten und zu verhindern, da der persönliche Schadensersatzanspruch wegen der Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit des Schadensnachweises meist versagen wird und die Voraussetzungen der Notwehr und Selbsthilfe (§§ 226—228 BGB.) nicht immer gegeben sein werden... Das Rechtsgefühl fordert hier gebieterisch einen unmittelbaren Schutz, und es kann sich u. E. nur fragen, auf welchem Wege wir zu einem solchen gelangen.“ [1])

Wenn nun auch der Jagdpacht ein quasi-dinglicher Charakter insofern nicht abzusprechen ist, als sie dem Jagdpächter das ausschließliche Recht auf den Eigentumserwerb am Wild durch Okkupation gibt, so muß sie doch nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das die Pacht als ein persönliches Recht und nicht wie das allgem. Landrecht als ein dingliches Recht ansieht, zweifellos als Obligation behandelt werden: sie ist der obligatorische Pachtvertrag über das Jagdrecht.[2])

---

[1]) Frommhold a. a. O. S. 195/96.

[2]) Das wird bestritten. Man behauptet, der Jagdpächter sei nicht Pächter des Jagdrechts, sondern Pächter des Grundstücks zum Zwecke der Jagdausübung (Pollwein a. a. O. S. 243; Dickel, Bürgerl. R. für Forstmänner a. a. O. S. 516; Dalcke a. a. O. S. 38); zweifellos zu Unrecht. Dagegen spricht schon § 835 Abs. 2 Satz 2 BGB. Außerdem kennt das BGB. nur eine Pacht zum vollen Gebrauch, nicht aber eine Teilung des Gebrauchs eines Pachtgegenstandes zwischen Pächter und Verpächter. Die Jagdausübung kann zwar den Gebrauch eines lediglich als Jagdgrund dienenden Areals, z. B. eines Wildparks, erschöpfen, nicht aber den eines Landgutes. So treffend OLG. München v. 7. 7. 1906 in Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1906 S. 339. Gegen die Annahme einer Grundstückspacht Wolff a. a. O. S. 220; Ebner a. a. O. S. 79; Frommhold a. a. O. S. 200; Bloch a. a. O. S. 160 sowie RG. am 9. 5. 1902 (Bd. 51 S. 280). Der gegnerischen Ansicht liegt insofern etwas Richtiges zugrunde, als der Jagdpächter in gewisser Hinsicht den Besitz am Pachtgrundstück erhält; dies steht aber der Annahme einer Jagdrechtspacht nicht entgegen.

Trotz dieser Annahme eines obligatorischen Rechts hält aber die Literatur den Jagdpächter nach geltendem Recht für genügend geschützt. Sie weist darauf hin, daß ihm als Besitzer des Pachtgrundstücks die Besitzklagen zu Gebote stehen. Darin liegt etwas Richtiges. Den Besitz am Jagdgrundstück erhält der Pächter allerdings; zwar nicht insofern, als die Jagdpacht eine Pacht des Grundstücks zur Ausübung der Jagd darstellt (vgl. S. 59 Anm. 2), denn die Jagdpacht ist nach wie vor Pacht eines Rechts; aber da die Jagdberechtigung einen untrennbaren Bestandteil des Grundstücks bildet und nur auf einem Grundstück ausgeübt werden kann, der Besitz des Grundstücks also begrifflich mit der Jagdausübung verbunden ist, so kann man wohl sagen, daß mit der Verpachtung des Jagdrechts auch der Besitz am Jagdgrundstück auf den Pächter übergeht, wenn auch nur insoweit, als dies zur Ausübung der Jagd erforderlich ist.[1]) Daß also der Jagdpächter die Besitzschutzklagen aus seinem Grundstücksbesitz anstellen kann, erscheint auch uns zweifellos. Immerhin möchten wir aber doch betonen, daß dem Jagdpächter die Schutzklagen aus dem Grundstücksbesitz einen recht zweifelhaften Schutz gewähren, einen Schutz, der wenigstens bei weitem nicht ausreicht. Lassen sich doch sehr wohl Einwirkungen auf das Jagdrecht vorstellen, die an und für sich den dem Jagdpächter gegebenen Grundstücksbesitz nicht stören. Hier versagen die oben gegebenen Klagen.

Es bleibt daher der noch einzig mögliche Weg zur Gewährung direkter Schutzklagen des Jagdpächters zu erörtern, die Frage, ob der Jagdpächter Rechtsbesitz erhalte. Auf diese schwierige Materie des genaueren einzugehen — handelt es sich doch um nichts Geringeres als um das Gebiet des Besitzes an Rechten außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs —, kann nicht unsere Aufgabe sein. Wenn aber Frommhold[2]) die Beantwortung der Frage in bejahendem Sinne zweifellos erscheint, da das Bürgerliche Gesetzbuch auf den dem Landesrecht vorbehaltenen Gebieten den Schutz des Rechtsbesitzes in

[1]) Ebner a. a. O. S. 84.
[2]) a. a. O. S. 199.

Geltung gelassen habe und daher für das preußische Recht ALR. I, 7 §§ 5 ff. in Betracht zu ziehen sei, so ist ihm entgegenzuhalten, daß alle nach EG. z. BGB. Art. 69 etwa in Betracht kommenden landesrechtlichen Vorschriften, besonders ALR. I, 7, soweit sie nicht öffentlichrechtlicher Natur sind, durch das preuß. AG. z. BGB. Art. 89 aufgehoben sind, neue Bestimmungen aber nicht geschaffen wurden.

Immerhin scheint aber auch uns eine Verneinung des Rechtsbesitzes und mit ihm der Besitzschutzklagen in unserem Falle nicht richtig zu sein.[1]) Aus der Aufhebung der landesrechtlichen Vorschriften und aus Art. 4 EG. z. BGB. schließen zu wollen, daß nun auch auf den Gebieten der landesrechtlichen Vorbehalte die allgemeinen reichsrechtlichen Normen des Besitzes Anwendung zu finden haben, also grundsätzlich ein Besitz an Rechten nur bei Dienstbarkeiten anzuerkennen sei, ist irrig. Eine Änderung der Rechtslage ist vielmehr — darin möchten wir wenigstens Lenz[2]) unbedingt zustimmen — durch Art. 89 AG. z. BGB. nur insofern eingetreten, als der innerhalb der landesgesetzlichen Vorbehalte an und für sich grundsätzlich erhalten gebliebene Rechtsbesitz sich nun mangels landesrechtlicher Vorschriften nach den Bestimmungen richtet, die das Bürgerliche Gesetzbuch für die in ihm anerkannten Fälle eines Rechtsbesitzes aufstellt. Nicht der Rechtsbesitz wird daher durch Art. 89 in Frage gestellt, nur seine rechtliche Behandlungsweise richtet sich nach Reichsrecht. Da dieses nun dem Rechtsbesitzer dieselben Schutzklagen gibt wie dem Sachbesitzer, erhält auch der Jagdrechtspächter eine solche, und seine Rechtslage ist mithin für unseren Fall ebenso zu behandeln, wie wenn der Grund-

[1]) Ebenso Lenz a. a. O. S. 60: „Falls die Absplitterung einer Befugnis von einem umfassenderen Recht zur Bildung eines nicht den Sachbesitz gewährenden Ausübungszustands führt, wird der Fortgeltung bisherigen Rechtsbesitzes im Rahmen des Vorbehaltsbereiches nichts im Wege stehen; insonderheit ist die gesetzliche Trennung des Jagdrechts vom Eigentum am Boden grundsätzlich beseitigt, die rechtsgeschäftliche Überlassung der Ausübung und die Begründung eines gesonderten Jagdbesitzes aber zulässig".

[2]) a. a. O. S. 43/44. Für die Bejahung des Besitzes am Jagdrecht auch Wolff a. a. O. S. 60.

eigentümer Jagdherr wäre. Auch er hätte mithin grundsätzlich einen Schutz gegen Immissionen von Funken gehabt, und nur im konkreten Fall ist ihm seine Schutzklage im öffentlichen Interesse genommen; auch bei ihm erfüllt sich die zweite Voraussetzung einer etwaigen gegen den preußischen Eisenbahnfiskus anzustrengenden Ersatzklage.

§ 21.

Wir sehen also: Das Jagdrecht ist ein dingliches Recht oder zumindest ein quasi-dingliches Recht, dessen schuldhafte Verletzung unter § 823 BGB. fällt. Dem Jagdberechtigten, dem grundsätzlich Schutzklagen im Interesse seines Rechts gegeben sind, sind sie in unserem Falle infolge der Konzessionierung der Eisenbahn genommen. Mithin sind alle Voraussetzungen, die die Rechtsprechung grundsätzlich verlangt, um einen Schadensersatz auch ohne Vorliegen eines Verschuldens zu gewähren, erfüllt; auch für Schädigungen der Jagd in freier Wildbahn, die infolge eines durch Funkenflug verursachten Waldbrandes entstanden sind, muß vom Eisenbahnfiskus voller Schadensersatz geleistet werden, sobald nur — und das ist allerdings eine weitere selbstverständliche Voraussetzung — mit Recht behauptet werden kann, daß durch das Verbrennen und Verscheuchen des Wildes das Jagdrecht des Grundeigentümers oder Jagdpächters auch wirklich „verletzt“ worden ist, m. a. W., daß hier dem Jagdherrn nicht nur ein wirtschaftlicher Schaden, sondern auch ein Schaden im Rechtssinne entstanden ist.

Dieser Punkt ist es nun allerdings, der die zurzeit herrschende Rechtsunsicherheit in unserer Frage hervorgerufen hat. Sie ist veranlaßt worden durch die vielgenannte Entscheidung des Oberlandesgerichts München v. 10. 7. 1905: „Es kann dem Kläger zugestanden werden, daß das Jagdrecht nicht nur in der Okkupation des Wildes, sondern auch in dessen Hege besteht; allein auch mit der Hege erwirbt der zur Ausübung der Jagd Berechtigte, mag er der Grundeigentümer, der Jagdherr oder mag er der Jagdpächter sein, kein weitergehendes Recht als das bis zur Okkupation herrenlose, in seinem Jagdbezirke befindliche Wild,

ob dasselbe dort gehegt ist, ob es bodenständig ist, oder ob es durchstreift, aufzufangen und sich anzueignen; er hat kein anderes mit dem Grundstücke untrennbar verbundenes Recht, etwa auf das Vorhandensein eines gewissen Wildstandes oder das Eigentum an bestimmten von ihm noch nicht okkupierten Tieren. Hiernach erleidet der Jagdausübungsberechtigte aber auch keinen Schaden im Rechtssinne durch zeitweilige Verscheuchung des Wildes aus einem Jagdgebiete. . ."[1])

Man sieht, das Oberlandesgericht München weist die Klage gegen den Militärfiskus wegen Schädigungen der Jagd durch Truppenübungen mit der Begründung ab, daß diese Schäden keine solche im Rechtssinne seien, daß durch das Verscheuchen des Wildes das Jagdrecht als solches nicht verletzt werde. Das Jagdrecht enthalte eben nur die Befugnis, das zur Zeit der Jagd im Revier befindliche Wild aufzusuchen und sich anzueignen. Ein Recht auf einen gewissen Wildstand habe der Jagdherr nicht. Der Eingriff in den wirtschaftlichen Bestand der Jagd sei daher keine Rechtsverletzung, sondern nur ein Eingriff in eine dem Jagdherrn günstige Sachlage.

Dieses jedem Billigkeitsgefühl widersprechende Urteil ist nicht nur in Fachschriften, sondern auch von juristischer Seite durch namhafte Schriftsteller mit Heftigkeit angegriffen worden.[2]) Auch u. E. kann ihm nicht scharf genug entgegengetreten werden.

Das Ergebnis, zu dem das Oberlandesgericht München kommt, erscheint um so erstaunlicher, als das Oberlandesgericht

---

[1]) vgl. auch folgende Sätze aus den bei Dickel in Festgabe a. a. O. S. 132/33 mitgeteilten Ausführungsanweisungen zum Reichsgesetz „über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden" v. 13. 2. 1875: „Das Jagdrecht besteht nicht in dem Eigentum an bestimmten jagdbaren Tieren, noch in dem Anspruche auf ungestörte Erhaltung eines gewissen Wildstandes, noch endlich in einer Untersagungsbefugnis gegen jede Handlung, die möglicherweise die Verminderung des Wildes herbeiführen könnte, sondern lediglich in dem ausschließlichen Rechte, in einem gewissen Bezirke — mag er Eigentum oder Pachtfläche sein — Wild aufzusuchen und sich anzueignen".

[2]) vgl. insbes. Dickel in Festgabe a. a. O. Ferner die daselbst S. 144 angegebene Literatur, die jedoch teilweise die Frage nur in Verbindung mit dem Sachleistungsgesetz v. 13. 2. 1875 erörtert.

die für die Beantwortung der Frage maßgebende Materie des längeren erörtert: die Bedeutung des Hegerechts. Allerdings, was das Gericht über dieses Recht schreibt: „Allein auch mit der Hege erwirbt der zur Ausübung der Jagd Berechtigte . . . kein weitergehendes Recht, als das in seinem Jagdbezirk befindliche Wild aufzufangen und sich anzueignen Er hat kein anderes . . . Recht, etwa auf das Vorhandensein eines gewissen Wildstandes . . .“ zeugt von völliger Verkennung der Sachlage.

Die Hege des Wildes, d. h. die Heranziehung eines starken und kräftigen Wildstandes im Lande, ist, ganz abgesehen von der ethischen Seite, auch in wirtschaftlicher Beziehung von der allergrößten Bedeutung für den Staat. Es ist nicht zu Unrecht gesagt worden, daß das Wild in unserer Volkswirtschaft eine große Rolle spiele. „Es steckt eine ganze Menge Nationalvermögen darin, und das geschossene Wild hat einen ganz erheblichen Anteil an der Volksernährung.“ [1]) Aber nicht nur eine Vermehrung des Wildes hat die Hege zur Folge; eine pflegliche Behandlung in einem bestimmten Revier, so das Vermeiden bestimmter Jagdarten, wie der Suchjagd auf Hasen, die Anlage von Futterplätzen im Winter, bewirkt, daß das Wild sich an das Revier gewöhnt und nicht in andere Gebiete überwechselt. Es macht solche Grundstücke zu seinem bevorzugten Standorte, da die Lebensbedingungen günstiger sind als in anderen Revieren, wo die Jagd weniger geschont und gepflegt wird. Dies ist wieder von allergrößter Wichtigkeit für den Jagdberechtigten. Nicht nur insofern, als ihm das Jagen erleichtert und eine größere Jagdausbeute in Aussicht steht, auch in anderer Weise gereicht ihm dies zum Vorteil. „Liegt es doch auf der Hand, daß für eine geschonte und pfleglich behandelte Jagd eher ein Pächter und zu höherem Pachtpreise zu haben sein wird als für eine Jagd mit geringem und schlecht gehaltenem Wildstand.“ [2])

Was die rechtliche Natur dieser Hege betrifft, was das „Hegerecht“ anbelangt, so ist es von jeher ein vornehmer und integrierender Bestandteil des Jagdrechts gewesen. In seiner

[1]) vgl. bei Dickel in Festgabe a. a. O. S. 107.
[2]) v. Brünneck in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 91.

trefflichen Abhandlung über das Hegerecht weist Dickel[1]) in eingehender geschichtlicher Untersuchung an der Hand zahlreicher Belege nach, daß das Wort: „Jäger sein, heißt Heger sein“ nicht nur ein Ausdruck vornehmer Gesinnung ist, sondern auch zu allen Zeiten als Rechtssprichwort seine Berechtigung gehabt hat. Von jeher gehörte zur Jagd nicht nur die unmittelbar auf die Aneignung gerichtete Tätigkeit, sondern auch die diese vorbereitenden Handlungen, welche zwar mittelbar auch wieder auf Okkupation abzielten, aber über die bloße Unterlassung der Aneignung hinausgingen: das Hegen und Pflegen des Wildes. Man „hegte“ das Wild nicht allein durch „Hagen“ im Sinne einer vollständigen Umschließung zu Eigentum, sondern man hegte zum Zwecke der Erhaltung, Vermehrung und Kräftigung des Wildstandes durch Füttern des Wildes, Anlegen von Salzlecken, Sorge für Ruhe des Wildes und für Erhaltung eines entsprechenden Waldbestandes mit der gehörigen Äsung. Und stets war man sich dessen bewußt oder hielt es wenigstens als selbstverständlich, daß diese Hege das gute Recht eines jeden Jagdherrn war.

Freilich man sprach von diesem Hegerechte nie, es schien als ganz natürlich, daß die Befugnis zur Jagd auch die Hege des Wildes mitumfaßte. Kein Wunder, daß auch in der Gesetzgebung die namentliche Hervorhebung dieses Jagdrechtsbestandteils vollkommen fehlt. Daß trotzdem auch der Gesetzgeber sich dieses Hegerechtes wohl bewußt blieb, tritt aber in Einzelvorschriften dieser Gesetze desto klarer zutage. Ein hervorragendes Beispiel bildet das allgem. Landrecht. Es definiert die Jagdgerechtigkeit in § 30 II, 16 als das Recht, jagdbare Tiere aufzusuchen und sich zuzueignen. Eine Erwähnung des Hegerechts fehlt hier vollkommen. Und trotzdem erkennt es ein solches zweifelsfrei an, wie aus den §§ 144 ff. I, 9 unverkennbar hervorgeht. Ja, hier wird sogar in § 147 eine nicht „mißbräuchliche“ Hege dem Jagdherrn ausdrücklich als sein Recht zugesprochen. Ebenso kennen die modernen Jagdgesetze dieses Hegerecht des Jagdherrn; aber auch hier keine generelle Hervor-

[1]) Dickel in Festgabe a. a. O.

hebung desselben — generell ist es nur in einigen österreichischen Jagdgesetzen als Bestandteil des Jagdrechts ausdrücklich hervorgehoben [1]) —, stets muß auf dasselbe mittelbar aus Einzelvorschriften geschlossen werden. Aber ein Blick beispielsweise in die preuß. Jagdordnung von 1907 genügt, um die eifrigen Bemühungen des Gesetzgebers zur Sicherstellung der Hege unverkennbar zu zeigen.

Ähnlich verhält es sich mit der Anerkennung des Hegerechts in der Literatur und Rechtsprechung. In beiden tritt sie meist nur mittelbar in der Feststellung der Unrechtmäßigkeit übermäßiger Hege zutage. Ja, in der Literatur war das Hegerecht eine Zeitlang ganz in Vergessenheit geraten. Erst in neuerer Zeit besann man sich wieder seiner, neuere Schriftsteller [2]) erkannten an, daß im Jagdrecht neben dem Okkupationsrecht auch dem Hegerecht eine selbständige Bedeutung zukomme. Freilich die Konsequenzen dieser Hervorhebung des Hegerechts wurden nur von wenigen gezogen. Das Verdienst, nun auch aus dieser Anerkennung des Hegerechts die notwendigen Folgerungen gezogen zu haben, nämlich die starke Betonung der Tatsache, daß bei schuldhafter Verletzung dieses Hegerechts das Jagdrecht als solches verletzt werde und daher Schadensersatzansprüche auch bei Verletzung und Störung der Hege des Wildes entstehen, bleibt der schon mehrfach erwähnten Abhandlung Dickels über das Hegerecht.

Die rechtliche Natur dieses Hegerechts ergibt sich aus seiner Stellung zum Jagdrecht. Es ist, was es von jeher war, Bestandteil des Jagdrechts.[3]) Es ist Bestandteil des Jagdrechts, wie das Recht des Grundeigentümers, auf seinem Grundstück zu

---

[1]) vgl. Dickel in Festgabe a. a. O. S. 110.

[2]) Vor allen v. Anders a. a. O. S. 81ff. und v. Brünneck a. a. O., dessen Lehre vom Recht am Wildstand, der wir uns oben nicht anzuschließen vermochten, sich gerade hinsichtlich der starken Betonung des Hegerechts große Verdienste erworben hat. Vgl. im übrigen die bei Dickel in Festgabe a. a. O. S. 118 angegebenen Schriftsteller.

[3]) And. A. v. Anders a. a. O. S. 81 und Nagler a. a. O. S. 439, die das Hegerecht für ein besonderes, neben dem Jagdrecht stehendes Recht halten.

gehen, zu fahren, zu säen und zu ernten, Eigentumsbestandteil ist. „Es gibt kein besonderes Fahrrecht, Reitrecht usw. des Eigentümers; sowenig ein besonderes Recht zum Hegewald, sowenig ein besonderes Wildhegerecht.“ [1]) Als Bestandteil eines dinglichen oder wenigstens mit dinglichen Wirkungen ausgestatteten Rechts ist es selbst dinglicher Natur; eine schuldhafte Verletzung dieses Rechts verpflichtet demgemäß nach § 823 BGB. zum Schadensersatz.

Folgt man aber einer derartigen Auslegung des Hegerechts und führt man die Konsequenzen einer derartigen Auffassung durch, so erscheint der vom Oberlandesgericht München eingenommene Standpunkt unverständlich. Bildet doch gerade das vom Oberlandesgericht München mit so großem Nachdruck abgelehnte Recht des Jagdherrn auf das Vorhandensein eines gewissen Wildstandes den hauptsächlichsten Inhalt des Hegerechts; und gibt es eine stärkere Verletzung des Hegerechts, dieses Rechts auf die Heranziehung eines starken und kräftigen Wildstandes, als wenn durch Truppenübungen der ganze auf dem Revier gepflegte Wildstand vertrieben oder vernichtet wird und eine Wiederbevölkerung des Reviers infolge der Vernichtung der Äsung auf Jahre hinaus nicht zu erwarten ist?

Aus diesen Erörterungen geht u. E. zur Genüge hervor, daß die Ausführungen des Oberlandesgerichts München nicht zu halten sind.[2]) Auch die Einwirkung auf den wirtschaftlichen Bestand der Jagd erzeugt Schäden im Rechtssinne, sie bildet eine Verletzung des im Jagdrecht enthaltenen Hegerechts.[3])

---

[1]) Dickel in Festgabe a. a. O. S. 123.

[2]) Auch das RG. steht sichtlich auf unserem Standpunkt in RGE. Bd. 41 S. 142, worauf Dickel in Festgabe a. a. O. S. 134 hinweist.

[3]) Falsch ist mithin auch der Standpunkt des in der Zeitschr. d. Allgem. D. JagdschutzV. 1911 Nr. 34 S. 414 abgedruckten Gutachtens eines juristischen Mitgliedes der Kgl. Eisenbahndirektion, nach dem ein „Vermögensschaden“ dem Jagdpächter nur dann entstehe, wenn er nachzuweisen imstande ist, daß das durch den Waldbrand vernichtete Tier für ihn Vermögensobjekt gewesen sei, d. h. von ihm okkupiert worden wäre, „ein Nachweis, der wohl kaum Aussicht auf Gelingen biete“. Auch hier wird eben vollkommen die Bedeutung des Hegerechts übersehen, denn schon eine Verletzung dieses dinglichen Rechts erzeugt einen „Vermögensschaden“.

§ 22.

Hiermit ist das letzte Glied in die Kette der notwendigen Voraussetzungen für die Anerkennung eines Ersatzanspruchs gegen den preußischen Eisenbahnfiskus eingefügt. Die Schädigungen der Jagd, die ein durch Funkenflug verursachter Waldbrand mit sich bringt, insbesondere das Verbrennen und Verscheuchen der Tiere in freier Wildbahn, sind Schäden im Rechtssinne; sie sind entstanden durch Verletzung des dinglichen Hegerechts des Jagdberechtigten und würden bei Vorliegen eines Verschuldens die Eisenbahn nach § 823 BGB. zum Schadensersatz verpflichten. Ein Verschulden kann allerdings infolge der Konzessionierung der Eisenbahn in ihrem die Rechtssphäre Dritter gefährdenden Betriebe nicht gesehen werden, nichtsdestoweniger gibt aber die Rechtsprechung auch hier einen Ersatzanspruch, weil der Jagdherr außerstande war, die ihm grundsätzlich zum Schutze seines Rechts gegebenen Unterlassungsklagen der konzessionierten Bahn gegenüber anzustellen und es allgemeinen Rechtsprinzipien entspricht, daß in solchen Fällen die Verpflichtung zum Schadensersatz im Rahmen des § 823 BGB. auch ohne Vorliegen eines Verschuldens eintritt.

Der Eisenbahnfiskus ist zunächst verpflichtet, denjenigen Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 BGB.). Eine solche Naturalrestitution dürfte allerdings in unserem konkreten Falle unmöglich sein. Wenn Baltz meint: „Es kann also verlangt werden, daß die als verbrannt nachgewiesene Anzahl Hasen und Rehe in dem Jagdrevier von dem Eisenbahnunternehmer ausgesetzt wird, wenn die Geldentschädigung nach § 249 Abs. 2 BGB. nicht vorgezogen wird“,[1]) so ist dem entgegenzuhalten, daß dem Jagdberechtigten mit der Aussetzung einer der Anzahl der verendeten Stücke Wild gleichen Zahl Tiere durchaus nicht gedient ist. Das Wild würde infolge der durch den Waldbrand hervorgerufenen Zerstörung jeglicher Äsung das Revier sofort verlassen, und jeder Jagdherr dürfte für eine derartige „Naturalrestitution“ bestens danken. Aber selbst wenn

[1]) In Silva a. a. O. S. 366.

es gelänge, im Revier für das Wild eine nötige Äsung zu beschaffen, wäre es äußerst zweifelhaft, ob sich das ausgesetzte Wild auch wirklich an das Revier gewöhnen würde. Die langwierige Mühe und Arbeit des Hegens und Pflegens des Wildes in den Vorjahren kann durch eine derartige Naturalrestitution nicht ersetzt werden, und es muß v. Damm [1]) zugestimmt werden, wenn er meint, daß hier allein ein Wertersatz am Platz ist.

Allerdings fehlt v. Damm [2]) darin, daß er der Ansicht ist, es müsse „der durch eine Division der Stückzahl des vorhandenen Wildes in der Jahrespacht zu findende Betrag“ ersetzt werden. Die Berücksichtigung des Verhältnisses des Verkaufswertes der Tiere zu den Pachtzinsen würde ebenso zu einem dem Bürgerlichen Gesetzbuch grundsätzlich fremden Ersatz eines immateriellen Interesses führen [3]) wie etwa die Forderung auf Schadensersatz für das auf längere Zeit entgehende und gestörte Jagdvergnügen. [4]) Es wird vielmehr in der Regel dem Ersatzanspruch lediglich der Verkaufswert des entzogenen Wildes zugrunde zu legen sein.

---

[1]) a. a. O. S. 495.

[2]) a. a. O. S. 495 und wohl auch Baltz in Silva a. a. O. S. 366, wenn er meint, daß der Geldentschädigung nicht der Marktpreis der Tiere zugrunde gelegt zu werden braucht.

[3]) So auch Dickel in Zeitschr. f. Forst- u. Jagdwesen a. a. O. S. 180.

[4]) Eine solche Ausdehnung des Ersatzanspruchs verlangt Baltz in Silva a. a. O. S. 366.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.